

Der Irrtum in der kartellrechtlichen
Entscheidungspraxis;
Erkundigungspflichten
- Erkundigungsmöglichkeiten

Jens Potten

1906



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der Irrtum in der kartellrechtlichen
Entscheidungspraxis;
Erkundungspflichten - Erkundungsmöglichkeiten

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
München
vorgelegt von

Jens Potten

1986

Referent: Professor Dr. Ernst Steindorff

Korreferent: Professor Dr. Klaus Volk

Tag der mündlichen Prüfung:

2. Dezember 1986

INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

1. Teil: Einleitung	1
I. Sanktionsmöglichkeiten im Kartellrecht	1
1. Verschuldensabhängige Sanktionen	1
a) Ordnungswidrigkeiten	1
(1) Tatbestände aus dem GWB (§ 38 I, § 39 I GWB)	1
(2) Tatbestände aus dem OWiG	4
b) Schadensersatz (§ 35 I, II GWB)	5
c) Mehrerlösabschöpfung	8
2. Verschuldensunabhängige Sanktionen	9
a) Untersagungsverfahren (§ 37a I, II, III GWB)	9
b) Unterlassungsansprüche	10
c) Beseitigungsansprüche	11
II. Bezugsobjekte des Irrtums	11
1. Tatbestandsirrtum	11
a) Die gesetzliche Regelung	11
b) Blanketttatbestände	12
c) Deskriptive Tatbestandsmerkmale	14
d) Normative Tatbestandsmerkmale	14
2. Rechtswidrigkeitsirrtum	16
a) Die gesetzliche Regelung	16
b) Schuldtheorie	17
3. Einordnung der kartellrechtlichen Restriktion	18
a) Immanenztheorie	18
b) Güter- und Interessenabwägung mit gesellschaftspolitischen Zielen	20

	Seite
III. Anspannung des Sorgfaltsmaßstabes	23
1. Verfahrenstechnische Möglichkeiten, einen Irrtum beim Adressaten der Norm zu vermeiden	23
2. Anspannung der Erkenntniskräfte, um einen Verbotsirrtum zu vermeiden	24
3. Allgemeine Informationspflicht	26
a) des wirtschaftlich Handelnden	26
b) des Aufsichtspflichtigen	27
IV. Gegenstand der Untersuchung	28
2. Teil: Der Impuls	31
I. Anlaß zur Prüfung der Rechtslage	31
1. Bedingtes Unrechtsbewußtsein	31
2. Auslöser des Impulses	33
a) Gewissensanspannung	33
b) Appellfunktion der Tatbestands- verwirklichung	34
c) Abmahnung	35
d) Äußerungen Dritter	38
3. Anspannung des Betroffenen zur Erkenntnis des Impulses	40
a) Gesetzeskenntnis	40
b) Lebens- und Berufskreis	41
II. Anlaß zur konkreten Aufsichtsmaßnahme	42
III. Ergebnis des zweiten Teils	43
3. Teil: Erkundigungen beim Rechtsanwalt	45
I. Erkundigungsmöglichkeiten	45
II. Vertrauenswürdigkeit des Anwaltes	47
1. Stellung des Anwaltes zum Mandanten	47
a) Selbständiger Anwalt	47
b) Gegnerischer Anwalt	48

	Seite
c) Angestellter Anwalt	51
(1) Beeinflussungsmöglichkeit durch Arbeitgeber?	51
(2) Beschäftigungsverhältnis - das entscheidende Kriterium?	52
(3) Rechtsabteilung eines an der Absprache beteiligten Unternehmens	55
d) Zusammenfassung	56
2. Qualifikation des Rechtsanwalts	58
a) Hohe Ansprüche an jeden Anwalt	58
b) Kartellrechtlich erfahrene Anwälte	60
c) Entschuldigender Rat des qualifizierten Anwalts	62
d) Schlüssiger Vortrag der Qualifikation	64
e) Vermeidbarer Irrtum trotz qualifizierter Beratung	67
f) Zusammenfassung	68
3. Vorgehensweise bei der Beratung	70
a) Auftrag und Bearbeitungszeit	70
b) Äußere Form	71
c) Tatsachenermittlung	72
d) Art und Weise der Beratung	75
e) Zusammenfassung	79
4. Erhöhte Anforderungen an die Prüfungspflicht	80
a) Besonderer Anlaß erforderlich	80
b) Interessenkollision	84
c) Gegensätzliche Auskünfte	85
d) Zusammenfassung	87
III. Ergebnis und Stellungnahme zum 3. Teil	89
4. Teil: Andere Informationsmöglichkeiten	92
I. Kartellbehörden	92

	Seite
1. Informationsmöglichkeiten	92
2. Das Bundeskartellamt als präventiv- handelnde Behörde	96
a) Abmahnung und Untersagungsverfügung	96
b) Ausführlichkeit der Abmahnung	98
c) Wirkung der Abmahnung	101
d) Zusammenfassung	104
3. Unterschiedliche Rechtsauskünfte	105
4. Vertrauensschutz wegen Untätigkeit des Bundeskartellamtes	109
5. Zusammenfassung	114
II. Judikatur als Informationsmöglichkeit	116
1. Strafrechtliche Grundsätze	116
2. Ältere kartellrechtliche Rechtsprechung	119
3. Urteilsanalyse: Aufgabe der Anwälte und Mandanten	121
4. Urteile in derselben Sache	125
5. Uneinheitliche Rechtsprechung	132
a) Instanzgerichte	132
b) Instanzgerichte - Bundesgerichtshof	134
6. Zusammenfassung	138
III. Literatur als Erkenntnisquelle	139
1. Umfassende Kenntnispflicht der Li- teraturmeinungen	139
2. Bedeutungsschwund der Literaturmeinungen durch Klärung in der Rechtsprechung	143
IV. Ergebnis und Stellungnahme zum 4. Teil	145
5. Teil: Weitere Auswirkungen von Erkundigungs- möglichkeiten	147
I. Tatbestandsirrtum	147
1. Pflicht zur Gesetzeskenntnis	147

	Seite
2. Normative Tatbestandsmerkmale, Sachverhaltskenntnis	148
II. Aufsichtspflichtverletzung	151
1. Überwachungspflichten	151
2. Übertragbarkeit der Pflichten	152
III. Ergebnis und Stellungnahme zum 5. Teil	155
6. Teil: Allgemeine Grundsätze im Rahmen der Erkundigungspflicht	157
I. Pflicht zur eigenen Meinungsbildung	157
II. Kausalitätsprüfung	160
1. Das Erfordernis des Kausalzusammen- hanges	160
2. Unterstellte Kausalität	161
3. Schlüssiger Vortrag der fehlenden Kausalität	163
4. Zusammenfassung	164
III. Erkundigungsmaßstab nach Lebens- und Berufskreis	165
1. Einfluß des Lebens- und Berufs- kreises	165
2. Berufliche Stellung	167
3. Individuelle Lebensumstände	169
IV. Ergebnis und Stellungnahme zum 6. Teil	170
7. Teil: Zusammenfassung der Erkundigungsmöglich- keiten und Erkundigungspflichten	171
I. Vertrauenswürdigkeit der Informations- quellen	171
II. Maßstab der Erkundigungspflichten	173
1. Allgemeine Grundsätze	173
2. Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums bei Vorsatzdelikten	174

	Seite
3. Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums bei Fahrlässigkeitsdelikten	176
4. Fahrlässigkeit	179
III. Stellungnahme	179

- Budenbender, U. Befugnisse der Kartellbehörden zur präventiven Mißbrauchskontrolle, WuW 1980, 111
- Bunte, H.-J. Vertrauensschutz und Verwirkung im Kartellrecht, BB 1980, 1073
- Burkhard, B. Zur Abgrenzung von Versuch und Wahndelikt im Steuerstrafrecht, Wistra 1982, 178
- Dörinkel, W. Verbot der Doppelverteidigung auch im kartellrechtlichen Bußgeldverfahren, WuW 1975, 549
- Dreher E./Tröndle, H. Strafgesetzbuch, 42.Aufl., München 1985
- Emmerich, V. Kartellrecht, 4.Aufl., München 1982
- ders. Die höchstrichterliche Rechtsprechung im GWB, ZHR 139 (1975), 501
- Engisch, K. Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70 (1958), 566
- Eser, A. Strafrecht I, 3.Aufl., München 1980
- Frankfurter Kommentar s. Glassen, H.
- Friedrich, M. Möglichkeiten und kartellrechtliche Grenzen umweltschutzfordernder Kooperationen, Bochum 1976
- Gamm, O.v. Kartellrecht, 2.Aufl., Köln 1979
- Gemeinschaftskommentar s. Müller-Henneberg, H./Schwartz, G./Ayster, O.
- Glassen
(Hrsg.) Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1985
 zit.: Frankfurter Kommentar
- Godin, R.v. Wettbewerbsrecht, 3.Aufl., Berlin 1979
- Göhler, E. Ordnungswidrigkeitengesetz, 7.Aufl., München 1984

- Grunewald, B. Zur Haftung von Fachleuten im Zivilrechtsverkehr, JZ 1982, 627
- Gutzler, H. Anwendung von Verwaltungszwang durch die Kartellbehörden, NJW 1963, 521
- Gutzler, H./
Nölkensmeier, H. Das Bußgeldverfahren in Kartellsachen nach dem neuen Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, WRP 1969, 1
- Harro, O. Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts, ZStW 96 (1984), 371
- Hartmann, W. Tagungsbericht Wirtschaftskriminalität, Wistra 1984, 139
- Hartung, y. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Frage des Verbotsirrtums, NJW 1952, 761
- ders. Zweifelsfragen des Verbotsirrtums, JZ 1955, 665
- Heimann Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten in Gesellschaftsverträgen von OHG und KG (Diss.), München 1966
- Heintz, K. Unverschuldete Wettbewerbsverstöße, BB 1953, 430
- Heinz, W. Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz), ZStW 96 (1984), 417
- Herdegen, G. Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, 25 Jahre Bundesgerichtshof, München 1975, S.195
- Horn, E. Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie, Berlin 1969
- Huber, U. Zivilrechtliche Fahrlässigkeit, FS Ernst Rudolf Huber, Göttingen 1973, S.259

- Hübner, K. Außenhandelsrechtliche Einschränkungen des Kartellverbotes, Köln 1971
- Immenga, U./
Mestmäcker (Hrsg.) GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 6.Aufl., Neuwied/Rh., 1982
- Jakobs, G. Strafrecht, Allgemeiner Teil, Berlin 1983
- Jescheck, H. Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3.Aufl., Berlin 1978
- Jescheck, H./
Ruß, W./Willms, G.
(Hrsg.) Strafbgesetzbuch, Kommentar, 10.Aufl., Berlin 1985
zit.: Leipziger Kommentar
- Jessnitzer, K. Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 3.Aufl., Köln u.a. 1985
- Kaiser, J.H. Industrielle Absprachen im öffentlichen Interesse, NJW 1971, 585
- Kartte, W./
Portatius, A.v. Kriminalisierung des Kartellrechts, BB 1975, 1169
- Kaufmann, Armin Schulfähigkeit und Verbotsirrtum, FS Eberhard Schmidt, Göttingen 1961, 319
- Kaufmann, Arthur Das Schuldprinzip, eine strafrechtsphilosophische Untersuchung, 2.Aufl., Heidelberg 1976
- ders. Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Mainz 1949
- ders. Parallelwertung in der Laiensphäre, München 1982
- Kienapfel, D. Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., Berlin 1981
- Klein, H.H. Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1966
- Kramer, A. Der Rechtsanwalt, ein "staatlich gebundener Vertrauensberuf", NJW 1975, 849

- Lackner, K. Stragesetzbuch, 16.Aufl.,
München 1985
- Lammel, S. Die Auskunftshaftung, AcP 179
(1979), 337
- Lange, R. Der Strafgesetzgeber und die
Schuldlehre, JZ 1956, 73
- ders. Die Magna Charta der anständigen
Leute, JZ 1956, 519
- Langen, E. Kommentar zum Außenwirtschafts-
gesetz, München 1968
- Langen, E./Nieder-
leithinger, E./
Ritter, L./Schmitt, K. Kommentar zum Kartellgesetz,
6.Aufl., Neuwied/Rh. 1982
zit.: Langen/Niederleithinger
- Langer, W. Vorsatztheorie und Strafgesetzliche
Irrtumsregelung, GA 1976, 193
- Leipziger Kommentar siehe Jeschek, H./Ruß, W./Wilms, G.
- Lindner, L. Privatklage und Schadensersatz
im Kartellrecht, Baden-Baden
1980
- Lüderssen, K. Erfahrung als Rechtsquelle,
Frankfurt/M., 1972
- ders. Die Parteispendenproblematik
im Steuerrecht, Steuerstraf-
recht - Vorsatz und Irrtum, Wistra
1983, 223
- Lutz, H. Dürfen Wiederverkaufspreise durch
Einzelunternehmen empfohlen werden?,
NJW 1958, 128
- ders. Strafrechtliche Verantwortung bei
Verstößen gegen das Kartellge-
setz, WuW 1976, 69

- Markert, K. Modernes Kartellgesetz - aber wie?,
ZHR 124 (1970), 208
- Mattil, F. Gewissensanspannung, ZStW 74
(1962), 201
- Maurach, R./Zipf H. Strafrecht, Allgemeiner Teil,
6.Aufl., Bielefeld 1983
- Maunz, Th./Dürig, G./
Herzog, R./Scholz, R. Grundgesetz, 6.Aufl., München 1984
- Mayer-Maly, Th. Rechtsirrtum und Rechtsunkenntnis
als Probleme des Privatrechts,
AcP 170 (1970), 133
- Mayer-Wegelin, H./
Ebel, H. Kartellrecht, Frankfurt/M., 1985
- Meier, G. Rechtsstaatsprinzip und Handhab-
zeug im GWB, WuW 1983, 275
- Meier, H. OWiG-Gesetz über Ordnungswidrig-
keiten, Frankfurt/M., 1985
- Meyer, D. Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums
und Erkundigungspflicht, JuS 1979,
250
- Mestmäcker, E.-J. Das Verhältnis des Rechts der
Wettbewerbsbeschränkungen zum
Privatrecht, DB 1968, 787, 835
- Möhring, P. Die Analogie im Kartellrecht, GRUR
1968, 41
- Möschel, W. Zur Kriminalisierung von Kartell-
rechtsverstößen, FS Max Kummer,
Bern 1980, S.431
- ders. Recht der Wettbewerbsbeschrän-
kungen, Köln 1983

- Müller/H./Gießler/P./
Scholz, U. Wirtschaftskommentar, 4.Aufl.,
Frankfurt/M., 1981
- Müller-Henneberg, H./
Schwartz, G./Ayster, O. Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen, 4.Aufl., Köln 1981
zit.: Gemeinschaftskommentar
- Münchener Kommentar s. Rebmann K./Säcker, F.J.
- Netzler, H. Der Verbotsirrtum im Steuerstraf-
recht (Diss.), Bonn 1961
- Paeffgen, H.-U. Photographieren von Demonstranten
durch die Polizei und Recht-
fertigungsirrtum, JZ 1978, 738
- Palandt, O. Bürgerliches Gesetzbuch, 44.Aufl.,
München 1985
- Pastor, W.L. Das wettbewerbliche Unterlassungs-
und Schadensersatzrecht, Bd.3,
Reimer, Wettbewerbs- und Waren-
zeichenrecht, Köln u.a., 1981
- Preisendanz, H. Strafgesetzbuch, 30.Aufl., München
1984
- Raisch, P. Kartellrecht, Gesetz gegen Wett-
bewerbsbeschränkungen und euro-
päisches Wettbewerbsrecht, Heidel-
berg 1979
- ders. Normqualität - Durchsetzbarkeit
wirtschaftlicher Regelungen, ZHR
128 (1968), 161
- Rasch, H./Westrick, K. Wettbewerbsbeschränkungen, Kar-
tell- und Monopolrecht, 3.Aufl.,
Berlin 1966
- Rasch, H./Westrick, K./
Loewenheim, U. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen, Herne 1985
- Rebmann, K./Roth, W./
Hermann, S. Gesetz über Ordnungswidrigkeiten,
Stuttgart 1985
- Rebmann, K./Säcker, F.J.
(Hrsg.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, 2.Aufl., München 1984
- Redeker, K.
(Hrsg.) Bundesrechtsanwaltsordnung mit aml.
Begründung, 2.Aufl., München 1973
- Rehbinder, E. Zur kartellrechtlichen Beurteilung
von Absprachen und Empfehlungen über
Geschäftszeiten und Betriebsferien,
BB 1964, 895

- Reinhart, G. Die vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot, Köln 1963
- Rieger, H. Das Problem der Güterabwägung bei der Anwendung des Kartellverbots, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Restriktion (Diss.), Frankfurt/M., 1976
- Rinck Wirtschaftsrecht, 2.Auf., Köln 1969
- Rinsche, H.J. Die Haftung des Rechtsanwalts und Notars, 3.Auf., Köln 1986
- Rittner, F. Rechtswissenschaft und Rechtsirrtum im Zivilrecht, FS Fritz von Hippel, Tübingen 1967, S.391
- Rotberg, A.E. Ordnungswidrigkeitengesetz, 5.Auf., München 1975
- Roxin, C. Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 (1984), 641
- ders. "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, FS Heinrich Henkel, Berlin 1974, S.171
- ders. Fahrlässigkeit, Versuch und Unterlassung, Vorsatz und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch, JuS 1973, 202
- Rudolphi, H.-J. Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, Göttingen 1969
zit.: Unrechtsbewußtsein
- ders. Affekt und Schuld, FS Heinrich Henkel, Berlin 1974, S.199
- Rudolphi, H.-J./Horn, E./Samson, E. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd.1, Allgemeiner Teil, Frankfurt/M., 1985
- Sandrock, O. Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1968
- Schaffstein, F. Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, FS 250 Jahre OLG Celle, Göttingen 1961, S.175
- Scheffler, F. Anwaltpflichten - Anwaltsverschulden, NJW 1961, 577

- Schlüchter, E. Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Tübingen 1983
- Schmidhäuser, E. Die Grenzen zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat, JuS 1980, 241
- ders. Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., Tübingen 1984
- ders. Unrechtsbewußtsein und Schuldgrundsatz, NJW 1975, 1807
- ders. Verbotsirrtum und Strafgesetz, JZ 1979, 361
- Schmidt, K. Kartellverfahrensrecht - Kartellverwaltungsrecht - Bürgerliches Recht, Berlin 1977
zit.: Kartellverfahrensrecht
- ders. Kartellverbot und sonstige Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1978
- ders. Vertraglicher Wettbewerb im deutschen Kartellrecht, Gemeinsamer Zweck und Immanenztheorie in der Praxis und Theorie, ZHR 149 (1985), 1
- ders. Aufgaben und Leistungsgrenzen der Gesetzgebung im Kartelldeliktsrecht, Baden-Baden 1978
- Schmitt, R. Ordnungswidrigkeitenrecht, dargestellt für den Bereich der Wirtschaft, Köln 1970
- Schönke, A./Schröder, H. Strafgesetzbuch, Kommentar, 22.Aufl., München 1985
- Schuler, D. Verantwortlichkeit und Haftung für Kartellverstöße, NJW 1958, 569
- Schultz-Süchting, R. Der Einfluß des Rechtsanwaltes auf das Verschulden seines Mandanten im gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 1974, 432
- Schünemann, H.-W. Verbotsirrtum und faktische Verbotskenntnis, NJW 1980, 735
- Schwarz, G.C. Kartellvertrag und sonstige wettbewerbsbeschränkende Verträge (Diss.), Köln 1984

- Schwarz, T. Der Schutz der Wettbewerbsordnung vor verbotenen Kartellen - Überlegungen und Durchsetzbarkeit des Kartellverbots im GWB, WuW 1976, 175
- Selmer, P. Verfassungsrechtliche Probleme einer Kriminalisierung des Kartellrechts, Köln 1977
- Spengler, A. Erfolgshaftung und Verschuldenshaftung, WuW 1957, 205
- ders. Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, Düsseldorf 1960
- Staudinger, J.v. u.a. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12.Aufl., Berlin 1985
- Steindorff, E. Gesetzgeberische Möglichkeiten zur besseren Durchsetzbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, ZHR 138 (1974), 504
- ders. Gesetzeszweck und gemeinsamer Zweck des § 1 GWB, BB 1977, 569
- ders. Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt/M. 1956
- ders. Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2.Aufl., Darmstadt 1985
- Stratenwerth, G. Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3.Aufl., Köln 1981
- ders. Besprechung von Rudolphi: Unrechtsbewußtsein, ZStW 85 (1973), 495
- Strauss, D. Die Richtlinien der Rechtsprechung für die Vermeidbarkeitsprüfung beim Verbotsirrtum (Diss.), München 1968
- ders. Verbotsirrtum und Erkundigungspflichten, NJW 1969, 1418

- Sutherland, P.D. Wettbewerbspolitik: ein positiver Ansatz, WuW 1985, 669
- Thomas, S. Perspektiven der Anwendung strafrechtlicher Tatbestände bei Kartellverstößen, WuW 1974, 20
- Thiedemann, K. Kartellverstöße und Strafrecht, Köln 1970
- ders. Strafrechtliche Grundprobleme im Kartellrecht, NJW 1979, 1849
- ders. Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, Tübingen 1969
- ders. Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums im Ordnungswidrigkeiten- und Steuerstrafrecht, ZStW 81 (1969), 869, 872
- Tischler, G. Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, Berlin 1984
- Triebold, K. Bildung eines Kartells als strafbare Handlung, WuW 1955, 48
- Volmer, L. Wettbewerbsrechtliche Mehrerlösabschöpfung nach der UWG- und GWB-Novelle, BB 1979, 2213
- Vorbrugg, G.C. Öffentliche Namensnennung als Nebenstrafe in der Bußgeldpraxis BKartA, WuW 1984, 371
- Warda, H.G. Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein, FS Hans Welzel, Berlin 1974, S.499
- ders. Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen (Diss.), Berlin 1955
- Weber, U. Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts, NSTW 96 (1984), 376
- Welzel, H. Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11.Aufl., Berlin 1969

- Welzel, H. Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, JZ 1956, 238
- Westrick, K./
Loewenheim, U. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 4.Aufl., Herne 1984
- Wiethölter, R. § 823 II BGB und die Schuldtheorie, JZ 1963, 205
- Wolter, J. Schuldhafte Verletzung einer Erkundigungspflicht, Typisierung beim Vermeidbarkeitsurteil und qualifizierte Fahrlässigkeit beim Verbotsirrtum, JuS 1979, 482
- Yoshikatsu, Naka Die Appellfunktion der Tatbestandsverwirklichung, JZ 1961, 210

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AT	Allgemeiner Teil
Az	Aktenzeichen
BB	Betriebs-Berater
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Bundesgerichtshof Entscheidungen in Strafsachen
BGHZ	Bundesgerichtshof Entscheidungen in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
FS	Festschrift
GA	Goldtammers Archiv für Strafrecht
GArch	Gewerbearchiv, Zeitschrift für Gewerbe- und Wirtschaftsverwaltungsrecht
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
KG	Kammergericht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen-Zeitung
LM	Lindenmeier/Möhring (Hrsg.). Das Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
lt.	laut
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
RG	Reichsgericht
StGB	Strafgesetzbuch

TB	Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes
Verk.Mitt.	Verkehrsrechtliche Mitteilungen
VersR	Versicherungsrecht
VRs	Verkehrsrecht-Sammlung
WiKG	Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität
WiStG	Wirtschaftsstrafgesetz
Wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E BGH	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung, Entscheidungen des Bundesgerichtshofes
WuW/E BKartA	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung, Entscheidungen des Bundeskartellamtes
WuW/E LG/AG	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung, Entscheidungen der Land- und Amtsgerichte
WuW/E LKartB	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung, Entscheidungen der Landeskartellbehörden
WuW/E OLG	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung, Entscheidungen der Oberlandesgerichte
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z.T.	zum Teil

1. Teil: Einleitung

I. Sanktionsmöglichkeiten im Kartellrecht ¹⁾

1. Verschuldensabhängige Sanktionen

a) Ordnungswidrigkeiten

(1) Tatbestände aus dem GWB (§§ 38 I, 39 I GWB)

Trotz Bestrebungen, schwere Verstöße gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) mit Freiheitsstrafe zu ahnden ²⁾, hat der Gesetzgeber an der Einordnung kartellrechtswidrigen Verhaltens als Ordnungswidrigkeit festgehalten. Durch Novellierungen wurden die Sanktionsmöglichkeiten zwar erweitert ³⁾. Der Zusatz zur amtlichen Begründung des Regierungsentwurfes zum GWB, daß in späteren Zeiten die Ordnungswidrigkeiten des Kartellrechts zu echten Straftaten verschärft werden könnten ⁴⁾, wurde nach fast 30 Jahren bisher nicht realisiert ⁵⁾.

Verstöße gegen Regelungen des GWB werden deshalb nach §§ 38 I Nr.1-12, 39 I GWB i.V.m. § 2 OWiG als Ordnungswidrigkeiten verfolgt. Die Grundvoraussetzungen einer Ordnungswidrigkeit sind, wie bei Straftaten, das Vorliegen

-
- 1) Unter Kartellgesetz wird im folgenden das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen verstanden.
 - 2) Vgl. Empfehlung der Kommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität anlässlich der Beratung v. 6.-10.10.1975, WuW 76, 610; Bericht über die zehnte Arbeitstagung 1975 in Bonn, hrsgg. vom Bundesministerium der Justiz 1976; Tiedemann, Kartellverstöße und Strafrecht 1970, S.19 m.w.Nachw.
 - 3) z.B. Rittner, Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs- und Kartellrecht, Heidelberg 1979, § 25 A II; Kartellnovelle 1980: Mehrerlösabschöpfung, § 37b I GWB.
 - 4) BT-Drucks.1158, Anl.1, B II S.27; vgl. aber amtliche Begründung zur 4.Novelle von 1980, BT-Drucks.8/2136, 527.
 - 5) Fischötter, in: Müller/Henneberg/Schwartz, Gemeinschaftskommentar, 4.Aufl., Köln 1982, Vorbem.Ordnungswidrigkeiten, Rdnr.5 (zitiert GK).

einer tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und vorwerfbaren Handlung¹⁾. Vorwerfbarkeit bedeutet im Ordnungswidrigkeitenrecht nichts anderes als Schuld im Kriminalstrafrecht. Da dieser Begriff aber mit dem Element sozial-ethischer Mißbilligung verbunden ist, kann er in dem Vorwurf eines bloßen Ordnungsverstoßes nicht enthalten sein²⁾.

Die Vorwerfbarkeit setzt sich aus mehreren Elementen zusammen³⁾. Dies sind außer der Zurechnungsfähigkeit (§ 12 OWiG), die Kenntnis (Vorsatz) oder die Erkennbarkeit (Fahrlässigkeit) und das Wollen der Tatbestandsverwirklichung, das Bewußtsein oder die Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit und die Zumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens.

Da als Kartellordnungswidrigkeit nur vorsätzliches Handeln geahndet werden kann, außer wenn ausdrücklich auch fahrlässiges Handeln mit Geldbuße bedroht ist, sind folgende Tatbestände zu unterscheiden: § 38 Abs.1 Nr.1, 3, 7, 8, 9, 10, 11, 12 GWB sind nur bei vorsätzlichem Handeln als Ordnungswidrigkeit verfolgbar. Vorsatz bedeutet dabei Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung⁴⁾; bedingter Vorsatz (dolus eventualis) genügt⁵⁾.

In den Fällen des § 38 I Nr.2, 4, 5, 6, § 39 Abs.1 GWB genügt Fahrlässigkeit. Die Tatbestände der §§ 38 I Nr.2, 4, 5, 6 GWB sind fahrlässig begehrbar, da es nicht wie bei Nr.1 auf die Gesetzeskenntnis des Betroffenen ankommt.

1) Rebmann/Roth/Hermann, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Stuttgart, Stand 1985, Vor § 1, Rdnr.15.

2) Begr. zu § 6 EGOWiG; Rebmann/Roth/Hermann, Vor § 1, Rdnr.45.

3) Vgl. BGHSt 9, 370, 377.

4) Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 7.Aufl., München 1984, § 10, Anm.2; Rebmann/Roth/Hermann, § 10, Anm.5; Fischötter, in: GK, Vorbem. Ordnungswidrigkeiten, Rdnr.35.

5) z.B. BGH, Beschluß v. 1.2.62, WuW/E BGH 465, 471 "Bierpreis"; BGH, Beschluß v. 29.1.75, WuW/E BGH 1327, 1343 "Aluminium Halbzeug".

Dem Betroffenen wurde in diesen Fällen durch unanfechtbar gewordene Verfügung mitgeteilt, daß der Kartellvertrag unwirksam ist; deshalb kann an das weitere Verhalten des Betroffenen ein schärferer Maßstab angelegt werden ¹⁾. Ordnungswidrige Verstöße gegen Auskunfts- und Meldepflichten (§ 39 I Nr.1, 2, 3 GWB) setzen ein formelles Auskunfts-, Vorlage- oder Prüfungsverlangen der Kartellbehörde voraus. Die Ahndung ist anders als bei § 38 I Nr.2, 4, 5, 6 GWB nicht an die Unanfechtbarkeit der Verfügung gebunden.

Der Fahrlässigkeitsmaßstab ist im Ordnungswidrigkeitenrecht, anders als bei Schadensersatzansprüchen, individualisiert. Unbewußt fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Fähigkeiten und Kenntnissen verpflichtet und imstande ist, außer acht läßt und deshalb die Tatbestandsverwirklichung nicht voraussieht ²⁾. Hält der Täter die Tatbestandsverwirklichung für möglich, vertraut er jedoch darauf, daß sie nicht eintritt, liegt bewußte Fahrlässigkeit vor.

Selbst in Tatbeständen, die fahrlässig beghebbar sind, müssen Einschränkungen gemacht werden, wie bei § 38 I Nr.2 GWB. Wegen des subjektiv finalen Elements des "Hinwegsetzens über die Unwirksamkeit oder Nichtigkeit eines Vertrages oder Beschlusses" muß hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale "unwirksam", "Vertrag" oder "Beschluß" Vorsatz vorliegen ³⁾. Für die Verwirklichung eines Ordnungs-

-
- 1) Müller/Gießler/Scholz, Wirtschaftskommentar, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 4.Aufl., Frankfurt a.M. 1981, § 38, Rdnr.23.
 - 2) BGHSt 10,369; Leipziger Kommentar, 10.Aufl., Berlin, § 16, Rdnr.122; Müller/Gießler/Scholz, § 38, Rdnr.23.
 - 3) Tiedemann, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellgesetz, München 1981, § 38, Rdnr.30; a.A. Glassen (Hrsg.), Frankfurter Kommentar, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zitiert Frankfurter Kommentar), Köln 1985, § 38, Tz.43; vgl. Reinhart, Die vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot, 1963, S.94 ff.

widrigkeitstatbestandes aus dem GWB ist jedenfalls schuldhaftes Handeln Voraussetzung.

(2) Tatbestände aus dem OWiG

Außer den angesprochenen Ordnungswidrigkeitstatbeständen war bis 1968 die Haftung für die Verletzung der Aufsichtspflicht ebenfalls im GWB geregelt (§ 40 GWB). Durch Art.62 Nr.3 EGOWiG ¹⁾ wurde mit Wirkung vom 1.10.1969 § 40 GWB aufgehoben. Die Aufsichtspflichtverletzung wurde in § 33 OWiG 1968 geregelt ²⁾. § 130 OWiG stimmt wörtlich mit dem § 33 OWiG 1968 überein. Da in § 40 I S.1 GWB a.F. auch die fahrlässige Aufsichtspflichtverletzung mit Bußgeld belegt war, führte die Einführung des § 33 I OWiG insoweit zu keiner Ausdehnung des Sanktionsbereiches ³⁾. Die Pflicht des Inhabers des Betriebes oder Unternehmens zu Aufsichtsmaßnahmen ist nicht besonders normiert. Sie ergibt sich aus der garantenartigen Stellung des Betriebsinhabers ⁴⁾. Nicht nur der Inhaber, auch die nach § 130 II GWB Gleichgestellten sind persönlich verpflichtet, Aufsichtsmaßnahmen zu treffen.

Zweck der Vorschrift ist, der Verletzung des Kartellrechts und anderer betriebsbezogener Pflichten ⁵⁾ vorzubeugen, falls der Betriebsinhaber als Täter ausscheidet, weil er selbst nicht positiv gehandelt hat oder außerstande gewesen ist, die Pflichten wahrzunehmen ⁶⁾.

1) BGBl I, 503.

2) Gutzler/Nölkenmeier, WRP 1969, 1, 3.

3) Für andere Bereiche des Nebenstrafrechts vgl. Meier, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Frankfurt 1985, § 130, Anm.1.

4) KG, Urteil v. 17.12.76, WuW/E OLG 1817, 1820 "Uhrmacherpreise"; KG, Urteil v. 2.2.76, WuW/E OLG 1687, 1695 "Laboruntersuchung"; vgl. Göhler, § 130, Rdnr.2.

5) Fischötter, in: GK, Vorbem. Ordnungswidrigkeiten, Rdnr.26.

6) Göhler, § 130, Anm.3; Fischötter, in: GK, Vorbem. Ordnungswidrigkeiten, Rdnr.15.

Selbst wenn der unmittelbar Handelnde nicht vorsätzlich einen Ordnungswidrigkeitstatbestand verwirklicht hat, kann die Verletzung einer Aufsichtspflicht durch die Inhaber oder gleichgestellte Personen vorliegen ¹⁾.

Falls nicht festgestellt werden kann, ob ein Aufsichtspflichtiger einen Tatbestand selbst erfüllt hat oder ob dies durch untergebene, schuldhaft nicht ordnungsgemäß beaufsichtigte Personen geschehen ist, muß § 130 I OWiG angewendet werden ²⁾. Trifft den Täter aber auch ein Schuldvorwurf hinsichtlich der Herbeiführung der Verletzung der betriebsbezogenen Pflicht, kommt eine Beteiligung (§ 14 OWiG) an der begangenen Ordnungswidrigkeit oder fahrlässige Nebentäterschaft in bezug auf sie in Betracht ³⁾.

§ 130 OWiG ist danach ein Auffangtatbestand, selbst wenn keine Subsidiaritätsklausel enthalten ist ⁴⁾. Wenn nicht festgestellt werden kann, ob ein Aufsichtspflichtiger einen Verbotstatbestand selbst erfüllt hat oder ob dies durch schuldhaft nicht ordnungsgemäß beaufsichtigte Personen geschehen ist, so muß § 130 OWiG angewendet werden.

b) Schadensersatz (§ 35 I, II GWB)

Im System der kartellrechtlichen Sanktionen haben die zivilrechtlichen Ansprüche Privater einen wichtigen Platz ⁵⁾.

-
- 1) Rebmann/Roth/Hermann, § 130, Rndr.11; Langen, Kommentar zum Außenwirtschaftsgesetz, München, Stand 68, § 36 a.F., Rdnr.8; Schuler, NJW 1958, S.569; Göhler, § 130, Rdnr.17.
 - 2) KG, Urteil v. 17.12.76, WuW/E OLG 1817, 1820 "Uhrmacherpreise".
 - 3) Rotberg, Ordnungswidrigkeitengesetz, 5.Aufl., München 1975, § 130, Anm.16; Rebmann/Roth/Hermann, § 130, Rdnr.287; Fischötter, in: GK, Vorbem. Ordnungswidrigkeiten, Rdnr.34; OLG Stuttgart, Urteil v. 27.4.79, WuW/E OLG 2153, 2154 "Teppich- und Polsterreinigung".
 - 4) Lutz, WuW 1976, 69, 73; Göhler, § 130, Anm.25 ff.; Fischötter in: GK, Vorbem. Ordnungswidrigkeiten, Rdnr.21.
 - 5) Steindorff, ZHR 138 (1974), 504, 508 f.; Vollmer, DB 1979, 2213; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, Kommentar zum Kartellgesetz, 6.Aufl., Neuwied 1982, § 35, Rdnr.1 (zitiert: Langen/Niederleithinger).

Verstöße gegen drittschützende Vorschriften des GWB oder gegen eine Verfügung des Beschwerdegerichts oder der Kartellbehörden, können zum Schadensersatz verpflichten. § 35 GWB normiert einen selbständigen Schadensersatzanspruch für Nachteile, die einem Wettbewerbsbeteiligten durch Verletzung der vom GWB geschützten Wettbewerbsordnung entstehen. Diese eigenständige Regelung der Schadensersatzfrage ist ohne Vorbild im deutschen Kartellrecht ¹⁾. § 35 I GWB ist der Regelung des § 823 II BGB nachgebildet ²⁾; deshalb taucht beim kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch die Problematik auf, welche Gesetzesnormen und Verfügungen den Schutz des einzelnen bezwecken. Da kartellrechtliche Vorschriften zur Vermeidung von Wettbewerbsbeschränkungen auf den Märkten dem öffentlichen Interesse dienen, können die einzelnen Vorschriften allenfalls neben dem Institutionsschutz den Individualschutz bezwecken. Hierauf kann aber nicht näher eingegangen werden ³⁾.

Wie § 823 II BGB setzt § 35 I, II GWB vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln voraus. Vorsatz ist der Wille zum Handeln oder Unterlassen mit dem Bewußtsein, daß ein für einen anderen schädigender Erfolg herbeigeführt wird.

Der Fahrlässigkeitsmaßstab bei einem zivilrechtlichen Deliktsanspruch ist, anders als beim Ordnungswidrigkeitenrecht,

-
- 1) Müller/Gießler/Scholz, § 35, Rdnr.1; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, § 35, Rdnr.1.
 - 2) Benisch, in: GK, § 35, Rdnr.1; Müller/Gießler/Scholz, aaO.
 - 3) Vgl. Müller/Gießler/Scholz, § 35, Rdnr.6 f.; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, § 35, Rdnr.25 ff.; Benisch, in: GK, § 35, Rdnr.5 ff.; Langen/Niederleithinger, § 35, Rdnr.4.

ein objektiver. Er ist an den allgemeinen Verkehrsbedürfnissen ausgerichtet ¹⁾. Im Rechtsverkehr muß jeder Teilnehmer darauf vertrauen dürfen, daß die anderen Teilnehmer, die für die Erfüllung ihrer Pflicht erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse besitzen. Da die Objektivierung des Sorgfaltsmaßstabes dem Schutz des Rechtsverkehrs dient, können besondere Kenntnisse und Fähigkeiten zu Lasten des Betroffenen berücksichtigt werden ²⁾. Die Sorgfaltsanforderungen sind ansonsten nach dem jeweiligen Verkehrskreis (Berufs-, Alters-, Bildungs- und Lebenskreis) zu bestimmen ³⁾. Der zivilrechtliche Maßstab (§ 276 I BGB) ist auch anzulegen, falls ein strafrechtliches Schutzgesetz verletzt wurde ⁴⁾.

Auch in Fällen, in denen nach § 38 I GWB eine Ordnungswidrigkeit nur bei vorsätzlicher Verletzung des betreffenden Ge- oder Verbots angenommen werden kann, setzt der Schadensersatzanspruch, wie bei § 823 II BGB, nur fahrlässiges Handeln voraus ⁵⁾.

Tatbestand des Schutzgesetzes zu beziehen. Der Verletzer muß nicht wissen, daß es sich um ein Schutzgesetz nach § 35 GWB gehandelt hat ⁶⁾. § 1 und § 15 GWB sind nur in Verbindung mit § 38 I Nr.1 GWB Schutzgesetze im Sinne

1) Palandt/Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 44.Aufl., München 1985, § 276, 4 B a m.w.Nachw.; BGHZ 39, 285; Hanau: in: Münchner Kommentar zum BGB, 2.Aufl., München 1984, § 276, Rdnr.84.

2) Huber, Zivilrechtliche Fahrlässigkeit, FS Ernst Rudolph Huber, 1973, 5259, 260; VersR 1964, 831.

3) BGHZ 39, 281, 283; BGH, Urteil v. 10.3.70, NJW 1970, 1038, 1039.

4) Vgl. Wiethölter, JZ 1963, 205, 206.

5) Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, § 35, Rdnr.74; Langen/Niederleithinger, § 35, Rdnr.12.

6) BGH, Urteil v. 21.11.1953, WuW/E BGH 54, 57; Frankfurter Kommentar, § 35, Tz.69; Benisch, in: GK, § 35, Rdnr.21.

des § 35 GWB ¹⁾.

c) Mehrerlösabschöpfung

Die Möglichkeit, den verbotsunterworfenen Unternehmen den durch Mißbrauch erlangten Vorteil zu entziehen, wurde durch den 1980 eingefügten § 37b GWB verbessert ²⁾.

Die Regelung soll den Schadensersatzanspruch ergänzen ³⁾, dient aber auch der Prävention durch Entzug des wirtschaftlichen Anreizes ⁴⁾ und der Wiedergutmachung wirtschaftlichen Unrechts im öffentlichen Interesse ⁵⁾.

Diese Stellung zwischen zivilem Schadensersatzrecht und öffentlichem Ordnungsrecht macht die Anwendung problematisch. Die Abschöpfung nach § 37b I GWB ist auf den Mehrerlös beschränkt, den das Unternehmen nach Zustellung einer Gebots- oder Verbotsverfügung (§ 22 V oder § 103 VI GWB) im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht erlangt hat.

Ursächlich für den Mehrerlös muß ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten des verbotsunterworfenen Unternehmens gewesen sein. Das Verschulden besteht in der vorwerfbaren Mißachtung des Verbots oder Gebots, wie es in der zugestellten Untersagungsverfügung nach §§ 22 V GWB oder 103 VI GWB zum Ausdruck kommt.

Eskommt derselbe Verschuldensmaßstab wie beim Schadensersatzanspruch nach § 35 I GWB zur Anwendung ⁶⁾.

-
- 1) Rinck, Wirtschaftsrecht, Rdnr. 659, 660; Müller/Gießler/Scholz, § 35, Rdnr. 7; Benisch, in: GK, § 35, Rdnr. 4; Steindorff, Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1985, S. 73 m.w.Nachw.; Emmerich, ZHR 139 (1975), 501, 517.
 - 2) Zur vorherigen Möglichkeit der "Mehrerlösabschöpfung" nach § 38 IV a.F. GWB vgl. Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, § 37b, Rdnr. 2 m.w.Nachw.
 - 3) Vollmer, DB 1979, 2231, 2232.
 - 4) So für das Vorbild von § 37b GWB: § 8 WiStG; BGHSt 15, 400.
 - 5) Begr. zum Reg. Entw. v. 26.5.78, BT-Drucks. 8/2136, abgedr. in WuW 1980, 337, 355.
 - 6) Müller/Gießler/Scholz, § 37b, Rdnr. 8; Fischötter, in: GK, § 37b, Rdnr. 13; Begr. zum Reg. Entw. v. 26.5.1978, BT-Drucks. 8/2136, WuW 1980, 337, 355.

2. Verschuldensunabhängige Sanktionen

a) Untersagungsverfahren (§ 37a I, II, III GWB)

Neben den Sanktionen, die vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln voraussetzen, bestehen im GWB auch solche, die eingreifen, ohne daß schuldhaftes Handeln vorliegt. Mit der Einführung des § 37a GWB ¹⁾ schuf der Gesetzgeber die Möglichkeit, gegen die Praktizierung verbotener Verträge (Abs.1) und die Vornahme verbotener Handlungen (Abs. 2, 3), ohne Rücksicht auf Verschulden vorzugehen. Die Regelungen des § 37a I, II, III GWB können nur unter Vorbehalt als kartellrechtliche Sanktionsregelungen aufgefaßt werden. § 37a I,II GWB erklären bereits Verbotenes für verbotbar ²⁾. Sie haben deshalb nur eine deklaratorische Bedeutung. Einzige Rechtsfolge der unanfechtbaren Untersagungsverfügung ist, daß sie die Grundlage einer Ordnungswidrigkeit nach § 38 I Nr.4 GWB sein kann. Eine Untersagungsverfügung nach § 37aIII GWB steht sachlich in engem Zusammenhang zu §§ 22, 26 II GWB ³⁾. Sie stellt im Gegensatz zu § 37aI, II GWB eine zusätzliche Sachnorm dar. Die Untersagungsverfügung nach § 37a III GWB hat konstitutive Bedeutung. Vollziehbare Verfügungen können deshalb im Wege des Verwaltungszwanges durchgesetzt werden ⁴⁾.

1) § 37aI, II GWB: Zweite GWB-Novelle von 1973 (BGBl I Nr.64, S.917); § 37aIII GWB: Vierte GWB-Novelle von 1980 (BGBl I Nr.60, S.1761).

2) Karsten Schmidt, Kartellverfahrensrecht - Kartellverwaltungsrecht - Bürgerliches Recht, Berlin 1977, S.216 (zitiert: Kartellverfahrensrecht); ders., WuW 1980, 578, 579, Fn.17; Fischötter, in: GK, § 37a, Rdnr.4.

3) Langen/Niederleithinger, § 37a, Rdnr.8; Fischötter, in: GK, § 37a, Rdnr.20; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, § 37a, Rdnr.5a, 7a.

4) Langen/Niederleithinger, § 37a, Rdnr.19; zu den verwaltungsrechtlichen Sanktionen vgl. Karsten Schmidt, Kartellverfahrensrecht 1977, S.299, Fn.50.

Dies ist neben der Ahndung einer schuldhaften Mißachtung der Verfügung als Ordnungswidrigkeit (§ 38 I Nr.4 GWB) möglich ¹⁾.

b) Unterlassungsansprüche

Das Kartellgesetz enthält keine generelle Bestimmung darüber, unter welchen Voraussetzungen Unterlassungsansprüche wegen rechtswidriger Handlungen geltend gemacht werden können ²⁾. Da alle deliktsrechtlich geschützten Positionen bei bloßer Rechtswidrigkeit der Eingriffe Dritter Unterlassungsansprüche begründen, sind Unterlassungsansprüche auch aus dem GWB gegeben ³⁾. Dies ergibt sich aus der Anerkennung eines entsprechenden Klagerichts von Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen in § 35 III GWB ⁴⁾ und als Rechtsfolge aus dem im Rahmen von § 35 I, II GWB anwendbaren § 249 BGB ⁵⁾. Schuldhaftes Handeln ist nicht Voraussetzung für einen Unterlassungsanspruch. Es genügt im Rahmen des § 35 GWB, wenn der Verletzer die äußeren Tatumstände gekannt oder sich der Kenntnis bewußt entzogen hat ⁶⁾.

-
- 1) Karsten Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, § 37, Rdnr.19; Gutzler, NJW 63, 521, 522.
 - 2) Anders z.B. §§ 1, 3, 13 I UWG; § 12 RabG; § 2 ZugVO.
 - 3) Müller/Gießler/Scholz, § 35, Rdnr.48; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, § 35, Rdnr.100; Benisch, in: GK, § 35, Rdnr.36.
 - 4) BGH, Urteil v. 8.10.58, WuW/E 251, 259 "4711"; BGH, Urteil v. 25.2.59, WuW/E 288, 291 "Großhändlerverband II".
 - 5) Müller/Gießler/Scholz, § 35, Rdnr.50; Frankfurter Kommentar, § 35, Tz.82; Rittner, Wirtschaftsrecht, Heidelberg 1979, § 25 A III 2 b.
 - 6) BGHZ 23, 184, 194; BGHZ 66, 182; BGH, Urteil v. 29.1.57, WuW/E BGH 193, 197 "Arzneimittel VO II"; OLG Celle, Urteil v. 22.7.64, WuW/E OLG 707, 708 "Brotsperr"; Benisch, in: GK, § 35, Rdnr.36; mißverständlich Müller/Gießler/Scholz, § 35, Rdnr.50, der die schuldhafte Beeinträchtigung geschützter Rechte als Voraussetzung für einen Unterlassungsanspruch bezeichnet.

c) Beseitigungsansprüche

Der Beseitigungsanspruch hat neben dem Unterlassungsanspruch die Aufgabe, eine etwaige Quelle fortlaufender Störungen, die aus einem früheren Eingriff herrührt, zu schließen. Es sollen neue Störungen des Verletzten für die Zukunft verhindert werden, während der Schadensersatzanspruch die Folgen bereits begangener Eingriffe beseitigen soll.

Wie der Unterlassungsanspruch genügen bloße rechtswidrige Eingriffe in deliktsrechtlich geschützte Positionen. Verschulden ist nicht erforderlich ¹⁾. Der Anspruch kann sich aus § 35 I, II i.V.m. § 249 BGB ergeben, sowie aus § 1004 BGB analog.

II. Bezugsobjekte des Irrtums

1. Tatbestandsirrtum

a) Die gesetzliche Regelung

Die beschriebenen Sanktionsmöglichkeiten im Kartellrecht können aber unter Umständen trotz einer Beeinträchtigung der geschützten Person oder Verwirklichung des objektiven Ordnungswidrigkeitstatbestandes nicht zur Geltung kommen, falls dem Verletzer die Kenntnis der Tatbestandsverwirklichung fehlt.

1) Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, § 35, Rdnr.100, 102; Benisch, in: GK, § 35, Rdnr.36; Müller/Gießler/Scholz, § 35, Rdnr.52; a.A. Frankfurter Kommentar, § 35, Tz.106.

Die Behandlung eines Irrtums über die Tatumstände (Tatbestandsmerkmale) der gesetzlichen abstrakten Tatbestandsbeschreibung (Tatbestand in engerem Sinne) ¹⁾ richtet sich im Kartellrecht mangels einer eigenständigen Regelung nach § 11 I S.1, 2 OWiG. Unter einem Irrtum ist dabei (wie bei § 11 II OWiG) nicht nur die bestimmte unrichtige Vorstellung des Täters zu verstehen, sondern es reicht aus, daß der Täter handelt, ohne sich dabei Gedanken zu machen ²⁾. Verkennt der Täter aber sein tatsächliches Handeln und erfüllt einzelne Tatbestandsmerkmale, ohne zu erkennen, daß er eine ihm bekannte Norm verletzt, so ist die Ahndung wegen vorsätzlicher Tatbegehung ausgeschlossen (§ 11 I S.1 OWiG).

Die Möglichkeit der Ahndung fahrlässigen Handelns (§ 11 I S.2 OWiG) kann jedoch in den Fällen des §§ 35 I S.1, II, 37b, 38 I Nr.2, 4, 5, 6, 39 I Nr.1, 2, 3 GWB, 130 I S.1 OWiG zum Tragen kommen, da hier abweichend vom Grundsatz (§ 10 OWiG) auch fahrlässige Tatbestandsverwirklichung sanktioniert ist. Die Ahndung wegen fahrlässiger Tat greift nur ein, falls der Betroffene die Tatbestandsverwirklichung bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können ³⁾.

d) Blankettatbestände

Erschwert wird das Erfassen des Tatbestandes durch die für das deutsche Kartellrecht typische Trennung der Sank-

1) Rebmann/Roth/Hermann, Vor § 1, Rdnr.18.

2) Göhler, § 11, Rdnr.1; Rebmann/Roth/Hermann, § 11, Rdnr.3; Rotberg, § 11, Rdnr.2.

3) anders Tiedemann, der diese Fahrlässigkeit als "Rechtsfahrlässigkeit" dem Unrechtsbewußtsein beim vorsätzlichen Delikt zuordnet, NJW 1979, 1849, 1854.

tionsandrohung (Bußgeld, Schadensersatz) vom Tatbestand. Die Sanktionsnormen (§§ 35 I, II, 38 I, 39 I GWB) sind durch die Auffüllungsnormen (z.B. §§ 1, 15, 20 für § 38 I S.1 GWB) zu ergänzen. Da die Auffüllungsnormen ebenfalls, wie die Sanktionsnormen, dem GWB zu entnehmen sind, liegen unechte oder uneigentliche Blankettatbestände vor. Es handelt sich im Kartellrecht nur um eine gesetzestechnische Vereinfachung ¹⁾, die dennoch Probleme aufwerfen kann.

Im Rahmen des § 38 I Nr.1 GWB muß sich der Vorsatz auf alle Tatbestandsmerkmale der jeweiligen Grundnorm, hier § 1 GWB, erstrecken. Ist die "Unwirksamkeit" des Vertrages die Rechtsfolge der materiellen Norm (§ 1 GWB), so braucht der Vorsatz des Täters sich nicht auf diese zu erstrecken, so daß die Unkenntnis der Unwirksamkeit nicht als Tatbestandsirrtum zu behandeln ist ²⁾. Die vorherrschende Gegenmeinung ³⁾ sieht in § 38 I Nr.1 GWB nicht nur eine Verweisung auf § 1 GWB. In § 38 I Nr.1 GWB wird vielmehr die tatbestandsmäßige Handlung unter Bezugnahme auf § 1 GWB beschrieben. Der Vorsatz des Täters muß sich deshalb auf die rechtliche Unwirksamkeit des Vertrages beziehen. Der Täter muß das Bewußtsein haben, einen kartellrechtswidrigen und deshalb zivilrechtlich unverbindlichen Vertrag zu erfüllen, sonst scheidet die Möglichkeit der Bußgeldverhängung aus.

-
- 1) Vgl. BGHSt 6, 30, 40; Warda, Die Abgrenzung von Tatbestand und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen (Diss.), Berlin 1955, S.95 f.; Langen/Niederleithinger, § 38, Rdnr.19; Tiedemann, in: Immenga/Mestmäcker, Vor § 38, Rdnr.20.
 - 2) So Langen/Niederleithinger, § 38, Rdnr.19.
 - 3) Fischötter, in: GK, Vorbem. OWiG, Rdnr.37; Müller/Gießler/Scholz, § 38, Rdnr.11; Frankfurter Kommentar, Vorbem. zu § 38-43, Rdnr.34; Bußgeldbescheid des Wirtschaftsministeriums Baden-Württemberg v. 7.5.71, WuW/E LKart 151, 155.

c) Deskriptive Tatbestandsmerkmale

Beim Tatbestandsirrtum ist zwischen dem Irrtum über normative und deskriptive Tatumstände zu unterscheiden. Deskriptive oder beschreibende Merkmale sind Tatumstände, deren Feststellung durch sinnliche Wahrnehmung in der Außenwelt erfolgt, wobei auch tatsächliche oder gedankliche Vorgänge erfaßt sind ¹⁾. Deshalb ist die "Veranlassung zu einer Liefer- oder Bezugssperre" (§ 26 I, § 38 I Nr.8 GWB) ein deskriptives Tatbestandsmerkmal.

d) Normative Tatbestandsmerkmale

Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale kommt im Kartellrecht häufig vor. Normative Tatumstände sind Sachverhalte, die nur mit Hilfe einer Wertung festgestellt werden können.

Das Reichsgericht unterschied noch zwischen Tatsachen- und Rechtsirrtum, wobei nur der Tatsachenirrtum und der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum zum Ausschluß des Vorsatzes führte.

Der Rechtsirrtum war hingegen grundsätzlich unbeachtlich und wurde nur im Rahmen normativer Tatbestandsmerkmale einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum gleichgestellt, wenn er sich auf sogenannte außerstrafrechtliche Rechtsbegriffe oder Rechtssätze bezog ²⁾.

1) Rebmann/Roth/Hermann, § 11, Rdnr.6; Göhler, § 11, Rdnr. 3.

2) RGSt 42, 27; 72, 39; Preisendanz, vor § 16 Nr.2; Hartung, Der Rechtsirrtum in der Rechtssprechung des Reichsgerichts, DRiZ 1949, 342; Schlüchter, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1983, S. 40.

Heute stellt sich auf der Grundlage der Schuldtheorie beim Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale das Abgrenzungsproblem, wann die irri- ge Annahme des Täters noch als fehlerhafte "Parallelwertung in der Laien- sphäre" ¹⁾, die nach § 16 I S.1 StGB bzw. § 11 I S.1 OWiG zu beurteilen ist, vorliegt und wann ein bloßer Subsumtionsirrtum gegeben ist, der zum Verbotsirrtum nach § 17 StGB bzw. § 11 I OWiG führen kann .

Diese Abgrenzung ist schwierig und wird in Urteilen bis- weilen nicht klar vorgenommen ³⁾ .

Der vorsatzausschließende Tatbestandsirrtum reicht so weit, wie sich die Parallelbewertung- bzw. beurteilung des Tä- ters in seiner Laiensphäre erstreckt. Die richtige Paral- lelbewertung liegt vor, wenn der Täter den "Bedeutungssinn der Tatumstände im sozialen Leben" ⁴⁾ erfaßt hat.

Bei einem darüber hinausgehenden Fehler in der Erfassung normativer Tatbestandsmerkmale handelt es sich um einen Subsumtionsirrtum, der als Verbotsirrtum nach § 17 StGB bzw. § 11 II OWiG Beachtung findet, wenn er das Unrechts- bewußtsein des Täters ausschließt ⁵⁾ .

Im GWB ist eine Vielzahl von Begriffen vorhanden, die nur durch eine Wertung erfaßt werden können, z.B. Vertrag, Leistungsfähigkeit, Unwirksamkeit, Umgehung und Empfeh- lung ⁶⁾ .Für diese normativen Tatbestandsmerkmale ist Bedeutungskennntnis des Täters im Sinne der Parallelwertung in der Laiensphäre erforderlich.

-
- 1) Erstmals vom BGH im Urteil vom 28.10.52, BGHSt 3, 248, 255 dargestellt; BGHSt 4, 352; Dreher/Tröndle, § 16 Rdnr. 11; Cramer, in: Schönke/Schröder, § 15 Rdnr.45; Rudolphi/Horn/Samson, § 16 Rdnr.23; Stratenwerth, Rdnr.257;
 - 2) BGHSt 7, 265; 9, 347; 13, 138.
 - 3) vgl. BGHSt 14, 345; Dreher/Tröndle, § 16, Rdnr.11.
 - 4) BGHSt 4, 347, 352; Welzel, Urteilsanmerkungen, in: JZ 1953, 119, 120; Schlüchter, Irrtum über normative Tatbestands- merkmale im Strafrecht, 1983, S.42, 44, Fn.45 m.w. Nachw. aus der Rechtsprechung des BGH.
 - 5) h.M.: Cramer, in: Schönke/Schröder, § 16 Rdnr.16; Baumann/ Weber, Rdnr.424; Schlüchter (Fn.4), S. 70 m. w. Nachw.
 - 6) Frankfurter Kommentar zum GWB, Vorbem. zu §§ 38-43, Rdnr.34; Tiedemann, in: Immenga/Mestmäcker, Vor § 38, Rdnr.46.

Auch für das Kartellrecht gilt, daß vorsätzliche Tatbegehung schon vorliegt, wenn der Täter die rechtliche Bedeutung der o.g. normativen Tatbestandsmerkmale zumindest laienhaft versteht ¹⁾. Die richtige Subsumtion der vom Täter erkannten Tatsachen unter das Gesetz, wie sie ein Jurist vornimmt, ist nicht erforderlich ²⁾.

Es ist Aufgabe des Tatrichters, die Fehlvorstellung des Täters innerhalb der rechtlichen Wertung zwischen Subsumtionsirrtum und fehlerhafter Parallelwertung einzuordnen ³⁾.

2. Rechtswidrigkeitsirrtum

a) Die gesetzliche Regelung

Der Irrtum des Betroffenen kann sich außer auf die Tatbestandsmerkmale auch auf die Einsicht beziehen, etwas Unverlaubtes zu tun, weil er das Bestehen oder die Anwendbarkeit des Kartellrechts nicht kennt (§ 11 II GWB).

Bei einem Verbotsirrtum glaubt der Täter rechtmäßig zu handeln, obwohl sein Tun oder Unterlassen im Konflikt mit der Rechtsordnung steht, er also ein Verbot (z.B. eines aufeinander abgestimmten Verhaltens, § 25 I GWB) bricht oder ein Gebot (z.B. Wahrnehmung der Aufsichtspflicht, § 130 I S.1 OWiG) nicht erfüllt ⁴⁾. Fehlt dem Täter die Einsicht, Unverlaubtes zu tun, so handelt er nicht vorwerfbar, wenn die Unkenntnis der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens für ihn unvermeidbar war. Er kann dann nicht mit einer Geldbuße belegt werden.

1) vgl. BKartA; Beschluß v. 28.3.78, WuW/E BKartA 1763, 1767 "Preisunruhe".

2) Fischötter, in: GK, Vorbem. Ordnungswidrigkeiten, RdNr. 37 m.w.Nachw.; Welzel, Strafrecht AT, 11. Aufl. 1969, § 22 III 2.

3) Rebmann/Roth/Hermann, § 11, RdNr. 19; Göhler, § 11, RdNr. 8; Frankfurter Kommentar, Vorbem. zu §§ 38-43, RdNr. 32.

4) Dagegen ist Irrtum über Umstände, die die Aufsichtspflicht begründen, Tatbestandsirrtum; Meier, § 11, Anm. 10.

Durch die vom Tatbestandsirrtum gesonderte Regelung kommt auch zum Ausdruck, daß der Verbotsirrtum den Vorsatz unberührt läßt. Damit entspricht die Vorschrift im OWiG, der von der Rechtsprechung angewendeten Schuldtheorie¹⁾.

b) Schuldtheorie

Für die Bewertung des Irrtums über die Rechtswidrigkeit ist die Einordnung des Unrechtsbewußtseins von entscheidender Bedeutung.²⁾ Nach der Vorsatztheorie gehört das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz. Fehlt dieses Bewußtsein, kann nicht wegen vorsätzlicher Tat bestraft werden. Eine Sanktion wegen fahrlässiger Tat bleibt jedoch möglich, vorausgesetzt, es besteht eine entsprechende Strafandrohung.

Seit dem Beschluß des Großen Senats vom 18.März 1952³⁾ legt die Rechtsprechung bei der Bewertung des Verbotsirrtums die Schuldtheorie zugrunde. Nach ihr ist das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit dem weiteren Bereich der Schuld zuzuordnen. Deshalb führt der Verbotsirrtum nur bei "Unvermeidbarkeit" als Schuldausschließungsgrund zur Straflosigkeit.

Insbesondere für das Ordnungswidrigkeitenrecht wurde auch nach dem Urteil des Großen Senats die Vorsatztheorie vertreten⁴⁾.

1) Neubekanntmachung des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten v. 24.5.68, BGBl I, S.81 (im Gegensatz zu §§ 11 II, 12 OWiG 1952).

2) Lange, JZ 1956, 514; Welzel, JZ 1956, 238.

3) BGHSt 2, 194.

4) Lange, JZ 1956, 73, 79 m.w.Nachw.; Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.Aufl. 1984, 10/64; ders., JZ 1979, 361; Baumann/Weber, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9.Aufl. 1985, S.445 ff.; Baumann, FS Hans Welzel zum 70. Geburtstag 1974, S. 522.

Obwohl im Zivilrecht die Vorsatztheorie grundsätzlich herrschend ist ¹⁾, zum Vorsatz also das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehört, ist bei einem Schadensersatzanspruch wegen Verletzung eines strafrechtlichen Schutzgesetzes, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit beim Täter nicht für den Vorsatz erforderlich ²⁾. Entscheidend ist, ob der Täter mit dem Vorsatz gehandelt hat, wie ihn das verletzte Schutzgesetz voraussetzt.

So findet über die Schutzgesetze die Schuldtheorie auch im Rahmen der zivilrechtlichen Anspruchsnormen § 823 II BGB und § 35 I S.1, II GWB ³⁾ Anwendung, da für die Schutzgesetze aus dem Bereich des Ordnungswidrigkeitsrechts die Schuldtheorie anwendbar ist.

Die Schuldform des Vorsatzes entfällt bei fehlendem Unrechtsbewußtsein erst, wenn dieses Fehlen dem Täter nicht vorgeworfen werden kann, sondern für ihn unvermeidbar war.

3. Einordnung der kartellrechtlichen Restriktion

a) Immanenztheorie

Zum Problem der Abgrenzung zwischen Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum kommt im Kartellrecht noch ein weiteres hinzu: die Einordnung der Restriktion des § 1 I GWB.

Sie ist bisher weniger diskutiert worden, als die Begründung und Abgrenzung der außergerichtlichen Rechtfertigungs-

- 1) Palandt/Heinrichs, § 276, 3 b m.w.Nachw.; Rittner, FS Fritz v. Hippel, Rechtswissen und Rechtsirrtum im Zivilrecht, 1967, S.411, Fn.106 m.w.Nachw.
- 2) Palandt/Heinrichs, § 276, 3 b m.w.Nachw.; BGH, NJW 1962, 910.
- 3) Langen/Niederleithinger, § 35, Rdnr.12; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, § 35, Rdnr.71b; Benisch, in: GK, § 35, Rdnr.21; a.A. Müller/Gießler/Scholz, § 35, Rdnr.41; vgl. auch Mestmäcker, DB 1968, 787, 790.

gründe ¹⁾ . Gefährdet die Durchsetzung des Wettbewerbsverbotes den Bestand oder die Wirksamkeit vertraglicher Vereinbarungen, die von der Rechtsordnung an anderer Stelle vorgesehen sind (z.B. §§ 112, 161, 165 HGB; 1 GWG, 284 AktG), stellt sich die Frage nach der Anwendung des Kartellrechts ²⁾ . Da das Erfordernis der Rechtswidrigkeit ³⁾ bei Wettbewerbsbeschränkungen als widerlegt angesehen wird ⁴⁾ , beschränkt sich der Streit auf die Einordnung der Restriktion beim "gemeinsamen Zweck" ⁵⁾ oder der "Wettbewerbsbeschränkung" ⁶⁾ . Die Immanenzbetrachtung wird in der Praxis mit der Prüfung des Merkmales "gemeinsamer Zweck" vorgenommen ⁷⁾ , wenngleich dies auf Kritik stößt, da die der Immanenzbetrachtung zugrundeliegende Frage lautet, in wie weit das Gesetz wettbewerbsbeschränkende Vertragspflichten als für die Verwirklichung billigerswerter Vertragszwecke notwendig hinnimmt ⁸⁾ . Da die Lokalisierung der Immanenzbetrachtung auch eine Frage der dem Kartellrecht gegenüberstehenden und es einschränkenden Wertungen ist, kann die Einordnung hier nicht

- 1) Müller-Henneberg, in: GK, § 1, Rdnr.105 a.E.; Beuthien, ZHR 142 (1978), 259; Emmerich, ZHR 139 (1975), 501; Schwarz, Kartellvertrag und sonstige wettbewerbsbeschränkende Verträge (Diss.), Köln u.a. 1981; Langen/Niederleithinger, § 1, Rdnr.179; vgl. aber Müller/Gießler/Scholz, § 1, Rdnr.145b.
- 2) Das Problem wird unter dem von Steindorff geprägten Begriff der Immanenztheorie erörtert; Steindorff, BB 1977.
- 3) Spengler, Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, 1960, S.35.
- 4) Heimann, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten in Gesellschaftsverträgen von OHG und KG (Diss.), München 1966, S.49; Hübner, Außerkartellrechtliche Einschränkungen des Kartellverbots, 1971, S. 34; Rehbindner, BB,1964, 895, 899.
- 5) Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, § 5, Rdnr.170 ff.
- 6) Belke, ZHR 143 (1979), 74, 90; Möschel (Fn.5), § 5, Rdnr.205.
- 7) z.B. BKartA Beschluß v. 8.6.1984, WuW/E BKartA 2143, 2149 "Glasfaserkabel"; LKartB Bayern, Verfügung v. 3.2.1984, WuW/E LKartB 249, 251 "Eintrittsklausel".
- 8) Karsten Schmidt, ZHR 149 (1985) 1, 15; ders., Kartellverbot und sonstige Wettbewerbsbeschränkungen, 1978, S. 82; Möschel (Fn.5), § 5 , Rdnr. 204.

abschließend vorgenommen werden ¹⁾ .

Beim Irrtum im Rahmen der Immanenzbetrachtung ist es bezüglich der Rechtsfolgen weniger entscheidend, ob die falsche Parallelbewertung der Tatbestandsmerkmale "gemeinsamer Zweck" bzw. der "Wettbewerbsbeeinträchtigung" zu einer falschen Vorstellung beim Betroffenen geführt hat, da in beiden Fällen die Ahndung wegen eines vorsätzlichen Verstoßes gegen § 1 I, 38 I S.1 GWB ausgeschlossen ist. Maßgeblich ist vielmehr, ob die Vorstellung, z.B. gesellschaftsrechtliche Regelungen würden dem Kartellrecht vorgehen, überhaupt zu einer falschen Parallelwertung normativer Tatbestandsmerkmale durch den Betroffenen geführt haben, oder ob ein Subsumtionsirrtum vorliegt, der den Vorsatz unberührt läßt.

Diese für die Rechtsfolge entscheidende Frage stellt sich den Gerichten in jedem Einzelfall.

Außer der Abwägung zwischen der durch § 1 GWB geschützten Wettbewerbsfreiheit und den Gütern und Interessen des gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbotes ²⁾ , ist eine weitere Restriktion zugunsten gesellschaftspolitischer Ziele zu beachten.

b) Güter- und Interessenabwägung mit gesellschaftspolitischen Zielen

Die Verbote des GWB, die sich an wirtschaftspolitischen Zielsetzungen orientieren ³⁾ , können mit anderen gesellschaftspolitischen Zielsetzungen in Konflikt geraten, wie dem Gesundheits-, Verbraucher- oder Jugendschutz ⁴⁾ .

1) vgl. Westrick/Loewenheim, Vorbem. § 15, Rdnr.6; Karsten Schmidt, Kartellverbot und sonstige Wettbewerbsbeschränkungen, 1978, S.83; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, § 5, Rdnr.173 ff.

2) vgl. BGHZ 70, 331, 335.

3) Immenga/Mestmäcker, Einl., Rdnr.1 m.w.Nachw.(str.)

4) vgl. auch Friedrich, Möglichkeiten und kartellrechtliche Grenzen umweltschutzfördernder Kooperationen, 1976, S. 1 ff.; Kaiser, NJW 1971, 585, 588; Müller/Gießler/Scholz, § 1, Rdnr.145 ff.

Die Einordnung dieser von der Immanenztheorie zu unterscheidenden Restriktion ¹⁾ bereitet ebenso Schwierigkeiten ²⁾. Es werden verschiedene Standpunkte vertreten. Für die Güter- und Interessenabwägung auf der Rechtswidrigkeitsebene spricht, daß bei einem Irrtum über Rechtfertigungsgründe die Gefahr der Umgehung des § 38 I Nr.1, II S.2 GWB geringer ist ³⁾ und eine elastische Handhabung des Kartellrechts möglich erscheint ⁴⁾.

Nach § 11 I S.1 OWiG könnte die falsche Abwägung auf der Tatbestandsseite zum Irrtum über einzelne Tatbestandsmerkmale führen, so daß eine Ahndung wegen vorsätzlicher Tat dann automatisch ausgeschlossen wäre.

Die falsche Abwägung auf der Rechtswidrigkeitsebene, die den Täter zu dem Schluß veranlaßt rechtmäßig zu handeln, führt nur zum Ausschluß der Vorsatzschuld, wenn der Irrtum für ihn "vermeidbar" war (§ 11 II OWiG). Hier ist eine Einzelfallentscheidung möglich, ob der Irrtum jeweils vermeidbar war, während das Vorliegen eines Tatbestandsirrtums kein normatives Problem, sondern eine Frage der Beweisbarkeit ist.

Das Umgehungsargument trifft aber uneingeschränkt nur nach der strengen Schuldtheorie der Finalisten ⁵⁾ zu, nicht aber nach der eingeschränkten Schuldtheorie des Bundesgerichtshofes ⁶⁾.

-
- 1) Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, § 5, Rdnr.203; a.A. Emmerich, Kartellrecht, 1982, S.63 f.
 - 2) Westrick/Löwenheim, § 1, Rdnr.88; vgl. Rieger, Das Problem der Güterabwägung bei der Anwendung des Kartellverbots (Diss.), Frankfurt 1976, S.1 ff.
 - 3) Sandrock, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1968, S.327 ff.
 - 4) Spengler, Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, 1960, S.23, 45; Sandrock (Fn.3), S.312.
 - 5) Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch, 42. Aufl., München 1985, § 16, Rdnr.23 m.w.Nachw.
 - 6) BGH 22, 236, 312; 106, 124.

Nach dieser liegt ein Verbotsirrtum vor, wenn der Täter die Grenze eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes zu weit zieht ¹⁾. Nimmt er jedoch irrig Umstände an, bei deren tatsächlichen Vorliegen die Handlung gerechtfertigt wäre, kann der objektive Verstoß gegen § 38 I Nr.1 GWB nicht mehr als Vorsatztat geahndet werden.

Strittig ist jedoch, ob in diesen Fällen bereits der Vorsatz entfallen soll ²⁾ oder der Irrtum nur in seinen Rechtsfolgen einen vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum gleichzustellen ist ³⁾.

Auf diesen von Roxin als "völlige Abdankung des Gesetzgebers" ⁴⁾ bezeichneten Verzicht einer gesetzgeberischen Lösung im Rahmen der §§ 16, 17 StGB bzw. § 11 OWiG, die zum "schwierigsten und umstrittensten Komplex der Irrtumslehre" ⁵⁾ gehört, kann nicht abschließend eingegangen werden.

Die Einführung einer Rechtswidrigkeitsebene in die kartellrechtlichen Verbotstatbestände kann als gescheitert angesehen werden ⁶⁾. Auf der Tatbestandsebene soll die Güter- und Interessenabwägung durch die Restriktion des § 1 GWB vorgenommen werden ⁷⁾. Ein Irrtum über die Ab-

1) Vgl. Irrtum über Sperrberechtigung aus Gründen der Marktpflege; KG, Beschluß v. 29.1.65, WuW/E OLG 717, 719.

2) BGHSt 3, 194, 196; 8, 357, 358.

3) BGHSt 3, 105, 106; 357, 364; BGH GA 1969, 117, 118; BayObLG NJW 1955, 1848; Blei § 59 II, 2a; Preisendanz, § 16, 3c.

4) Roxin, Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch, JuS 1973, 197, 202.

5) Preisendanz, Vor § 16, 3.

6) Klein, Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln u.a. 1966, S.64; Heimann, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten und Gesellschaftsverträgen von OHG und KG (Diss.), München 1966, S.49; Hübner, Außerkartellrechtliche Einschränkungen des Kartellverbotes, 1971, S.34; Rehbindner, BB 1964, 895, 899.

7) Bericht des BKartA 1976, 79.

wägung wird sich in der Regel darauf beziehen, daß der mit der Wettbewerbsbeschränkung verfolgte Zweck gegenüber der Wettbewerbsfreiheit höherrangig ist. Der Irrtum besteht dann darin, daß die vorgenommene Wettbewerbsbeschränkung nicht gegen § 1 GWB und damit auch nicht gegen § 38 I Nr.1 oder II GWB verstößt.

Da sich der Täter über die Anwendbarkeit des § 1 GWB, über die Reichweite dieser Vorschrift, insbesondere den rechtlich geschützten Wettbewerb falsche Vorstellungen macht, liegt ein Verbotsirrtum vor.

Auch wenn der Konflikt des § 1 GWB mit anderen Wertungen in der Praxis selten vorkommt ¹⁾, so kann nicht auf die dogmatische Einordnung der Abwägung verzichtet werden, da ein Verbotsirrtum nur bei Unvermeidbarkeit eine Bußgeldsanktion verhindert ²⁾, während ein Tatbestandsirrtum immer die Ahndung wegen vorsätzlicher Tat ausschließt.

Insbesondere sind auch die Gerichte gefordert, genau das Bezugsobjekt des Irrtums beim Betroffenen festzustellen. Vor der Prüfung eines Verbotsirrtums muß ein Tatbestandsirrtum geprüft werden, da jeder Tatbestandsirrtum zu einem Verbotsirrtum führt. Wer sich bezüglich eines Umstandes des gesetzlichen Tatbestandes irrt und ihn als nicht gegeben ansieht, glaubt gleichzeitig auch, rechtmäßig zu handeln.

III. Anspannung des Sorgfaltsmaßstabes

1. Verfahrenstechnische Möglichkeiten, einen Irrtum beim Adressaten der Norm zu vermeiden

Die Gefahr eines Irrtums beim Betroffenen über den Tatbestand oder die Rechtswidrigkeit seines Handelns wird

1) Beuthien, ZHR 142 (1978), 259, 296.

2) deshalb zu pauschal Müller/Gießler/Scholz, § 1, Rdnr.145b.

in den Fällen verringert, in denen tatbestandliche Voraussetzung für eine Sanktion die Zustellung (§ 57 I S.2 GWB) einer kartellrechtlichen Verfügung ist.

In den Fällen des § 38 I Nr.2, 4, 6 GWB ist die Unkenntnis der Tatbestandsverwirklichung nahezu ausgeschlossen, da eine Geldbuße erst nach der Unanfechtbarkeit der begründeten Verfügung (§ 57 I S.1 GWB) möglich ist. In den Fällen des § 38 I Nr.4, 6 GWB muß darüber hinaus noch ausdrücklich auf die Bußgeldvorschrift verwiesen werden. In den Fällen des § 38 I Nr.2 GWB wird dies aus Zweckmäßigkeits-erwägungen ebenfalls für geboten angesehen ¹⁾.

Nur ein fernstehender Beteiligter kann sich möglicherweise während einer kurzen Zeit nach der Zustellung auf seine Unkenntnis von der Tatbestandsverwirklichung berufen ²⁾.

Die Mehrerlösabschöpfung (§ 37b I S.1 GWB) setzt, wie der Schadensersatzanspruch nach § 35 II GWB, eine unanfechtbar gewordene Verfügung voraus. Ein Tatbestandsirrtum scheidet deshalb auch hier grundsätzlich aus, während ein Rechtsirrtum noch möglich ist. ³⁾.

2. Anspannung der Erkenntniskräfte, um einen Verbotsirrtum zu vermeiden

U.a. wegen der tatbestandlichen Voraussetzung einer unanfechtbaren Verfügung tritt ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit im Kartellrecht häufiger auf als ein Tatbestandsirrtum ⁴⁾. Darüber hinaus ist der Verbotsirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht von größerer

1) Fischötter, in: GK, § 38, Rdnr.13; Müller/Gießler/Scholz, § 38, Anm.23, nehmen aus Analogiegründen sogar eine Pflicht an.

2) Fischötter, in: GK, § 38, Rdnr.14.

3) Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, § 37b, Rdnr.17; Fischötter, in: GK, § 37b, Rdnr.13; weitergehend Müller/Gießler/Scholz, § 37b, Rdnr.8.

4) Stratenwerth, Strafrecht AT, 3.Aufl., 1981, § 10, Rdnr. 573 a.E.

Bedeutung als im Kriminalstrafrecht ¹⁾.

Aber nicht jeder Verbotsirrtum führt zur Strafflosigkeit, vielmehr ist es entscheidend, daß der Betroffene den Irrtum nicht vermeiden konnte. Die Anforderungen sind dabei sehr weitgehend.

"Der Betroffene hat bei allem was er zu tun im Begriffe steht, sich bewußt zu machen, ob es mit Sätzen des rechtlichen Sollens im Einklang steht. Zweifel hat er durch Nachdenken und Erkundigungen zu beseitigen. Hierzu bedarf es der Anspannung des Gewissens, ihr Maß richtet sich nach den Umständen des Falles und nach dem Lebens- und Berufskreis des einzelnen." ²⁾ Diese Grundsätze sollen auch für das Ordnungswidrigkeitenrecht gelten, wobei unter "Gewissensanspannung" die Verpflichtung des Täters gemeint ist, alle Erkenntniskräfte und alle seine sittlichen Wertvorstellungen einzusetzen, wenn es gilt, sich über die Rechtmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens ein Urteil zu bilden ³⁾.

Diese Pflicht zum Nachdenken und zur Gewissensanspannung, um die Rechtswidrigkeit zu erkennen, kann aber nicht problemlos auf das Ordnungswidrigkeitenrecht übertragen werden ⁴⁾, da im Ordnungswidrigkeitenrecht kein wirkliches Unrecht geahndet wird ⁵⁾.

Deshalb kann die Gewissensanspannung grundsätzlich im Kartellrecht keine Auskunft über die Rechtsqualität des

1) Tiedemann, ZStW 81, 8722 ff.; ders., in: Immenga/Mestmäcker, Vor § 38, Rdnr.44; OLG Saarbrücken, VRS 38, 471, 473; Göhler, § 11, Rdnr.21; Rebmann/Roth/Hermann, § 11, Rdnr.33.

2) BGHSt 2, 194, 201.

3) Leitsätze, BGHSt 4, 1.

4) Mattil, ZStW 74 (1962), 201, 209, 213 ff.; Schmidhäuser, NJW 75, 1807, 1811; Rebmann/Roth/Hermann, § 11, Rdnr.31.

5) BGHSt 21, 20, 21; Göhler, § 11, Rdnr.24.

Handelns geben ¹⁾. Die Anstrengungen des Betroffenen, einen Irrtum zu vermeiden, müssen sich deshalb in erster Linie auf die Erkundigungen erstrecken. Entscheidend ist für den Haftungsausschluß wegen eines Verbotsirrtums, ob der Irrende sorgfältig genug Erkundigungen eingezogen hat. Hat er sich nicht den Umständen und seinen persönlichen Fähigkeiten entsprechend bemüht, ist der Irrtum vermeidbar und kann mit Geldbuße geahndet werden.

3. Allgemeine Informationspflicht

a) des wirtschaftlich Handelnden

Eine Erkundigungspflicht für den Betroffenen besteht aber nicht erst bei einem konkreten Handeln. Er ist vielmehr von vornherein angehalten, sich über die Tatbestände und Verbotsnormen des Kartellrechts zu informieren ²⁾. Jeder, der sich beruflich oder gewerblich betätigt, muß sich über die für seinen Gewerbebetrieb oder Beruf geltenden Rechtssätze unterrichten ³⁾. Dies gehört zu seinen Berufspflichten ⁴⁾. Deshalb muß sich jeder wirtschaftlich Tätige über das Kartellrecht informieren. Hat er dies nicht getan, so ist ein Irrtum

1) Müller/Gießler/Scholz, § 38, Rdnr.12; vgl. BT-Drucks. IV/1269, S.46 f.; a.A. wohl Fischötter, in: GK, Vorbem. Ordnungswidrigkeiten, Rdnr.39.

2) Mattil, ZStW 74 (1962), 201, 242; vgl. RGSt 51, 60; Meyer, JuS 1979, 250, 252; Meier, § 11, Anm.11.

3) BGH, Urteil v. 31.8.55, JZ 1957, 637; BGH, Urteil v. 2.6.53, GArch 1953, 73; BGHSt 12, 148, 158; Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949, S.192; Rudolphi, FS Henkel, 1974, S.207 ff.

Göhler, § 11, Rdnr.25 m.w.Beisp.; kritisch Stratenwerth, ZStW 85 (1973), 495.

4) Rebmann/Roth/Hermann, § 11, Rdnr.31.

hinsichtlich einer konkreten rechtswidrigen Handlung vermeidbar ¹⁾. Dies entspricht der Begründung des Vorwurfs der actio libera in causa, da der Täter im Zeitpunkt der Tatbestandsverwirklichung evtl. keinen Anlaß hatte, Erkundigungen einzuziehen, weil er es vorher versäumt hat, sich über den geregelten Bereich ausreichend zu informieren. Hat sich der Betroffene zur Zeit der Kartellrechtswidrigkeit in unvermeidbarer Weise über die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens geirrt, so ist ein Irrtum dennoch vorwerfbar, falls er darauf beruht, daß der Täter sich im Zeitraum zwischen Übernahme der Tätigkeit und seiner späteren Ordnungswidrigkeit in vorwerfbarer Weise nicht über die Normen informiert hat ³⁾.

b) des Aufsichtspflichtigen

Ähnlich wie die allgemeine Informationspflicht richtet sich die Aufsichtspflicht (§ 130 I S.1 OWiG) nach dem Tätigkeitsbereich. Ein Aufsichtspflichtiger muß dafür Sorge treffen, daß die kartellrechtlichen Vorschriften nicht verletzt werden, daß insbesondere niemand bei Wahrnehmung von Angelegenheiten des Betriebes eine dem Inhaber obliegende Pflicht verletzt.

Die Aufsichtspflicht erstreckt sich nicht nur auf die Auswahl fachmännischen Personals, sondern dauert als Überwachungspflicht auch während der Tätigkeit der unmittelbar Handelnden an. Hierbei stellt sich die Frage,

1) KG, Beschluß v. 22.5.73, WuW/E OLG 1407, 1409 "Bilder aus Gold".

2) Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 22.Aufl., München 1985, § 17, Rdnr.15.

3) BayObLGst 1981, 116; 1982, 118; OLG Hamm, VRS 10, 358 f.; Rudolphi, in: Rudolphi /Horn/Samson, Systematischer Kommentar zum StGB, Bd.1 AT, 1984, § 17, Rdnr.44.

inwieweit der Aufsichtspflichtige trotz Delegation an Dritte in zweifelhaften Situationen persönlich um die Aufklärung der Rechtslage bemüht sein muß ¹⁾, oder ob er den unmittelbar Handelnden auf die Einholung von Rechtsauskünften bei sachkundigen Juristen verweisen kann ²⁾.

IV. Gegenstand der Untersuchung

Auf die Bedeutung der Einziehung von Erkundigungen über die Rechtslage wurde im Rahmen der Vermeidbarkeitsprüfung und der allgemeinen Informationspflicht hingewiesen. Gegenstand der Untersuchung soll die Darstellung des Sorgfaltsmaßstabes anhand der Rechtsprechung sein. Es soll die Dogmatik des Irrtums nicht näher untersucht werden, sondern induktiv anhand von Entscheidungen der Gerichte und der Kartellbehörden der Umfang der Sorgfaltspflichten dargestellt werden.

Beim Tatbestandsirrtum spielen die Sorgfaltspflichten eine Rolle, falls auch die fahrlässige Tatbestandsverwirklichung sanktioniert ist. Fahrlässig handelt, wer entweder die Sorgfalt außer acht läßt, zu der er nach den Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und fähig war oder wer die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, jedoch pflichtwidrig und vorwerfbar im Vertrauen darauf handelt, daß sie nicht eintreten werde ³⁾. Darüber hinaus kann die Informationsmöglichkeit des Irrenden bei der Beweiswürdigung relevant werden, wenn festgestellt werden muß, ob überhaupt ein Irrtum des Betroffenen vorliegt ⁴⁾. Für Sanktionen, die Verschulden nicht voraussetzen, sind die Sorgfaltspflichten nur hinsichtlich eines Tatbestandsirrtums relevant.

Beim Verbotsirrtum hingegen entfällt eine Sanktion nur,

1) Rebmann/Roth/Herrmann, § 130, Rdnr.20; Meier, § 130, Rdnr.4; Göhler, § 120. Rdnr.15.

2) Fischötter, in: GK, Vorbem. Ordnungswidrigkeiten, Rdnr.20; vgl. Müller/Gießler/Scholz, § 38, Rdnr.7.

3) Lackner, § 15 Anm. III; Schmidhäuser, 7/93 m.w.Nachw.

4) Vgl. Schleswig Holsteinisches OLG, Beschluß v. 10.3.61, Az: 6 KartB 216/58, nicht veröffentlicht.

wenn sich der kartellrechtswidrig Handelnde, den objektiven Umständen und seinen subjektiven Fähigkeiten entsprechend ausreichend um die Erkenntnis der Rechtslage bemüht hat.

"Worin die zu fordernde Sorgfalt im Einzelfall besteht, läßt sich nicht allgemeingültig festlegen. Eine besondere Anspannung des Gewissens wird vom Täter regelmäßig schon deshalb nicht gefordert werden können, weil die im Recht der Ordnungswidrigkeiten zum Ausdruck kommenden Werturteile den Bereich des Gewissens in vielen Fällen nicht berühren. Im einzelnen muß diese Frage der Rechtsprechung überlassen bleiben." ¹⁾

Welchen Maßstab die Rechtsprechung bisher angelegt hat, soll untersucht werden. Der Charakter der "Vermeidbarkeit" des Irrtums ist umstritten ²⁾. In der Untersuchung wird die Anschauung von Rechtsprechung ³⁾ und Teilen der Literatur ⁴⁾ zugrundegelegt, daß eine Rechtspflicht für den Betroffenen besteht, sorgfältig die Rechtslage zu prüfen.

Entsprechend der Bedeutung des Verbotsirrtums wird der Hauptteil der Untersuchung sich auf den Sorgfaltsmaßstab der Rechtsprechung bei der Prüfung der Vermeidbarkeit beziehen.

1) BT-Drucks.V/1269, S.46.

2) Vgl. Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, 1969, S.195.

3) BGHSt 2, 194, 201; 4, 1.

4) Boldt, ZStW 68 (1956), 366; Hartung, JZ 1955, 665; Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, eine strafrechtsphilosophische Untersuchung, 2.Aufl. 1976, S.200, 201; ders., Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre, 1949, S.194; a.A. Armin Kaufmann, FS Eb.Schmidt, 1961, S.144 f.; H.Mayer, MDR 1952, 393; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, 1969, S.196.

Wegen der nur mittelbaren Bedeutung der Sorgfaltspflichten beim Tatbestandsirrtum (allgemeine Informationspflicht) wird dieser gesondert dargestellt, ebenso wie die spezielle Problematik der Aufsichtspflichtverletzung.

Im Rahmen der Sorgfaltspflichten ist insbesondere darauf einzugehen, auf welches Informationsmittel der Ratsuchende sich verlassen darf und wie er beim Einholen von Rechtsauskünften vorzugehen hat.

2. Teil: Der Impuls

I. Anlaß zur Prüfung der Rechtslage

1. Bedingtes Unrechtsbewußtsein

Vor der Untersuchung des Sorgfaltsmaßstabes bei Erkundigungen ist darzustellen, was den Betroffenen überhaupt veranlassen muß, die Rechtslage im konkreten Fall zu prüfen bzw. spezielle Aufsichtsmaßnahmen zu ergreifen. Es soll weniger die Rechtsprechung zum Impuls geprüft werden, als vielmehr die Bedeutung dieses Elements im Rahmen der Irrtumsrechtsprechung aufgezeigt werden.

Bei der Behandlung des Tatbestandsirrtums nach § 11 I S.1 OWiG, der dem § 16 I S.1 StGB entspricht, ist die Vermeidbarkeit des Irrtums für den Täter irrelevant.

Da es beim Tatbestandsirrtum nicht auf die Vermeidbarkeit ankommt, stellt sich auch nicht die Frage, ob der Irrende einen Impuls zur Überprüfung seiner Anschauung gehabt hat oder hätte haben müssen.

Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß Erkundigungspflichten bzw. die Vermeidbarkeit eines Irrtums auch für Tatbestandsmerkmale von Bedeutung sein können. Bei normativen Tatbestandsmerkmalen kann sich der Täter im Bereich der Parallelbewertung in der Laiensphäre irren, so daß ein Tatbestandsirrtum vorliegt, der nach § 11 I S.1 OWiG zum Ausschluß des Vorsatzes führt.

Der Täter kann aber auch eine fehlerhafte Subsumtion des Tatbestandsmerkmals vornehmen. Glaubt der Täter irrig, ein Tatbestandsmerkmal, das er seinem Wesen nach kennt, falle nicht unter eine gesetzliche Begriffsbestimmung eines Straftatbestandes oder einer Ordnungswidrigkeit, liegt ein Subsumtionsirrtum vor, der den Vorsatz nicht ausschließt.

Glaubt der Täter aufgrund dieses Subsumtionsirrtums rechtmäßig zu handeln, liegt ein Irrtum nach § 11 II OWiG vor und die Strafbarkeit hängt davon ab, ob der Täter den Irrtum vermeiden konnte. Voraussetzung für den Betroffenen, die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens zu überprüfen, ist wie bei jedem Verbotsirrtum, daß er einen Impuls hierzu verspürt hat ¹⁾. Hegte der Betroffene keine Zweifel und kann ihm dies auch nicht vorgeworfen werden, so kann ihm auch nicht angelastet werden, keine Erkundigungen einzuziehen zu haben und über die rechtliche Qualität seines Handelns nicht nachgedacht zu haben.

Ein Verbotsirrtum ist dann unvermeidbar (§ 11 II OWiG). Hat der Handelnde sich jedoch nicht erkundigt, weil er in vorwerfbarer Weise hierzu keinen Impuls verspürte, liegt ein unentschuldbarer Verbotsirrtum vor.

Die Frage nach dem Anlaß (I 2), bzw. danach, wie der Betroffene sich verhalten muß, um den Anlaß erkennen zu können (I 3), ist wegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes von Bedeutung, die das Unrechtsbewußtsein beim Täter schon annimmt, wenn er es für möglich hält, daß sein Verhalten verboten sein könnte ²⁾.

Dieser Grundsatz wurde vom Bundesgerichtshof auf das Ordnungswidrigkeitenrecht angewendet ³⁾. Im Ordnungswidrigkeitenrecht ist dabei unter "Unrechtsbewußtsein" die Kenntnis, etwas Unerlaubtes zu tun, zu verstehen ⁴⁾. Der Zweifel, etwas Erlaubtes zu tun, hat bedingtes Unrechtsbewußtsein ⁵⁾ zur Folge, ein Verbotsirrtum ist dann ausgeschlossen.

1) Cramer, in: Schönke/Schröder, § 17, Anm.14 m.w.Nachw.; Rudolphi, Systematischer Kommentar zum StGB I, 1985, § 17. Rdnr.31 m.w.Nachw.; Fischötter, in: GK, Vorbem. Ordnungswidrigkeiten, Rdnr.39; Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S.300; KG, Urteil v. 12.6.80, WuW/E OLG 2321, 2324 "Luftfotographie"; a.A. Göhler, § 11, Rdnr.21 a.E.

2) BGH, Urteil v. 20.5.52, LM Nr.6 zu § 59 StGB.

3) BGHSt 4, 1, 4 a.E.

4) Müller/Gießler/Scholz, § 38, Rdnr.13.

5) Dreher/Tröndle, § 17, Rdnr.5; Baumann/Weber, Strafrecht AT, 8.Aufl. 1977, § 27 III 1 b d m.w.Nachw.; Blei, JA 1977, 413, 415 m.w.Nachw.; Armin Kaufmann, ZStW 70 (1958) 64, 84; Jescheck Lehrbuch des Strafrechts AT 1978. S.367; Warda, FS Hans Welzel 1974, S.504 f.

In der kartellrechtlichen Rechtsprechung wurde das Unrechtsbewußtsein wiederholt mit Zweifeln begründet ¹⁾, diese Zweifel beim Betroffenen bisweilen sogar unterstellt ²⁾. Das Unrechtsbewußtsein fehlt dem Betroffenen deshalb nur, wenn sich die Zweifel nach sorgfältiger Prüfung zu der (wenn auch irrigen) Überzeugung von der Erlaubtheit des Verhaltens gewandelt haben ³⁾. Die Zweifel sind aber noch nicht überwunden, wenn der Betroffene nach eigenen Überlegungen und Erkundigungen zum Ergebnis kommt, daß die Argumente, die sich für die Rechtmäßigkeit des Handelns anführen lassen, überzeugender sind, als die, die für die Rechtswidrigkeit sprechen ⁴⁾. Die Argumente, die auf die Rechtswidrigkeit hinweisen, müssen vielmehr widerlegt werden.

2. Auslöser des Impulses

a) Gewissensanspannung

Einen Anlaß, die Rechtslage zu überprüfen, gibt es für den Täter, falls er bei Anspannung seines Gewissens Zweifel an der Rechtslage bekommt. Die Gewissensanspannung stellt nicht nur ein Mittel dar, Zweifel an der Rechtmäßigkeit zu beseitigen ⁵⁾, sondern wird auch als Voraussetzung für Zweifel an der eigenen Rechtsauffassung

1) BGH, Beschluß v. 10.3.61; WuW/E BGH 439 "Baubetriebsberater"; BGH, Beschluß v. 1.2.62, WuW/E BGH 469 "Bierpreis"; BGH, Beschluß v. 1.6.77, WuW/E BGH 1489, 1491 "Brotindustrie".

2) Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen, Bescheid v. 8.3.67, WuW/E LKartB 115, 120.

3) vgl. BKartA, Beschluß v. 20.8.75, WuW/E BKartA 1586, 1588 "Preisaufkleber"; LKartB Nordrhein-Westfalen, Bescheid v. 8.3.67, WuW/E BKartA 115 "Brennstoffhändler Vereinigung".

4) Benisch, in: GK, § 35, Rdnr.21.

5) Vgl. BGHSt 2, 199, 201; 4, 5; 15, 332; kritisch hierzu Cramer, in: Schönke/Schröder, § 17, Rdnr.13; Mattil, ZStW 74 (1962), S.213; H.Mayer, MDR 1952, 342; Rudolphi/Horn/

angesehen ¹⁾. In der Literatur ²⁾ wird diese Funktion der Gewissensanspannung stärker betont, da "das Gewissen des Täters nicht selbst die Quelle zur Erkenntnis der Rechtswidrigkeit ist, sondern es vermag dem Täter, falls es seine mahnende oder mißbilligende Stimme erhebt, immer nur Anlaß zu dem eigentlichen Erkenntnisvorgang zu sein" ³⁾.

b) Appellfunktion der Tatbestandsverwirklichung

Der entscheidende Anlaß, die Rechtslage zu überprüfen, kann von der Appellfunktion der Tatbestandsverwirklichung ausgehen ⁴⁾. Aufgrund der Tatbestandsmäßigkeit, die die Rechtswidrigkeit indiziert, muß der Täter besonders sorgfältig prüfen, ob die Tatbestandsverwirklichung erlaubt ist. Dem Tatbestandsvorsatz, also dem Wissen um die Rechtsgutverletzung, kommt eine Warn- und Appellfunktion zu. Die Appellfunktion gilt für den Bereich des Nebenstrafrechts und der Ordnungswidrigkeiten aber nur beschränkt ⁵⁾. Im Kartellrecht, wie im ganzen Ordnungswidrigkeitenrecht ist es erforderlich, daß der Betroffene Kenntnis davon hat, daß der Gesetzgeber ein spezielles Verhalten für rechtswidrig erklärt hat und mit Sanktionen ahndet.

Samson, § 17, Rdnr.32; Stratenwerth, Strafrecht AT, 3.Aufl. 1981, § 17, Rdnr.584; Blei, Strafrecht, 18.Aufl. 1983, S.203 f.

- 1) OLG Bremen, DAR 53, 197; BayObLG, GA 182; KG, Beschluß v. 13.4.73, WuW/E OLG 1394, 1397; Strauss, Die Richtlinien der Rechtsprechung für die Vermeidbarkeit beim Verbotsirrtum (Diss.), München 1968, S.80, 81, 122.

- 2) Vgl. Fn.5, S.31)

- 3) Rudolphi/Horn/Samson, § 17, Rdnr.32.

- 4) Arzt, ZStW 91 (1967), 557, 860; Engisch, ZStW 70 (1958), 566, 571; Schaffenstein, FS OLG Celle 1961, S.125 ff., 181; Yoshihatsu Naka, JZ 1961, 210, 211; Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, eine strafrechtsphilosophische Untersuchung, 2.Aufl. 1976, S.131, Fn.62 m.w.Nachw.; Horn, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, 1969, S.69.

- 5) Wolter, NJW 1979, 482, 487; Stratenwerth, Rdnr.591.

Die in der Sozialisationsphase "gelernten" Werte führen im Kernbereich des Strafrechts dazu, daß der Betroffene bei vorsätzlicher Tatbestandsverwirklichung auf das Unrecht schließen kann ¹⁾.

Im Rahmen des Ordnungswidrigkeitenrechts kann der einzelne Problembewußtsein nur aus der Gesetzeskenntnis entwickeln ²⁾. Deshalb besteht gerade in diesem Bereich die Pflicht, sich mit den Vorschriften vertraut zu machen (s. oben allgemeine Informationspflicht des wirtschaftlich Tätigen). Auslöser für diese allgemeine Pflicht ist die Aufnahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit. Die Appellfunktion der Tatbestandsverwirklichung und die Gewissensanspannung kommt besonders in Fällen zur Geltung, in denen wegen des erkennbar verwerflichen Handelns der Betroffene angehalten war, Erkundigungen einzuziehen. Entscheidend ist in beiden Fällen, ob für den Adressaten die Tatbestandsverwirklichung einen sittlichen Unwertgehalt hat. Dies hängt nicht nur vom Tatbestand ab, sondern auch vom Verinnerlichungsgrad der Ziele des GWB beim Täter ³⁾.

c) Abmahnung

In der Praxis stellt am häufigsten eine Abmahnung des Bundeskartellamts einen Anlaß zur Prüfung der Rechtslage dar ⁴⁾. Vor der Einfügung des § 37a GWB geschah dies im

1) Schünemann, NJW 80, 735, 742, Fn.84 m.w.Nachw.; Tiedemann, Tatbestandsfunktion im Nebenstrafrecht, 1969, S.367.

2) Vgl. Roxin, ZStW 96 (1984), 653, 659; Benisch, WuW 1953, 56, 58.

3) Schünemann, NJW 1980, 735, 742 m.w.Nachw. für den Zusammenhang von Sozialisation und Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums.

4) KG, Beschluß v. 22.5.73, WuW/E OLG 1407, 1409 "Bilder aus Gold"; KG, Beschluß v. 16.6.76, WuW/E OLG 1733, 1737 "Brot-industrie"; BKartA, Beschluß v. 14.5.71, WuW/E BKartA 1351, 1359 "Tubenhersteller"; LKartB, Bußgeldbescheid v. 16.10.74, WuW/E LKartB 183 "Zahntechniker Innung".

formlosen Abmahnverfahren, das gerade die Funktion hatte, den rechtswidrig Handelnden auf den Kartellrechtsverstoß hinzuweisen ¹⁾. Durch den § 37a I, II GWB ist anstelle der formlosen Abmahnung, gegen die es keine Rechtsschutzmöglichkeiten gab ²⁾, das objektive Untersagungsverfahren getreten.

Dennoch kann auch weiterhin formlos oder sogar prophylaktisch ³⁾ auf zukünftige Verstöße gegen das GWB hingewiesen werden.

Erhält der Betroffene eine Untersagungsverfügung, die z.B. einen Vertrag oder Beschluß für unwirksam erklärt § 38 I Nr. 2 GWB, so ist es undenkbar, daß der Betroffene gegen diese Verfügungen verstößt, ohne wenigstens an der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens zu zweifeln ⁴⁾.

Aber auch formlose Schreiben der Kartellbehörde halten die Betroffenen an, über die Rechtslage Erkundigungen einzuziehen. Dennoch können besondere Konstellationen dazu führen, daß die Abmahnung für den Betroffenen keinen Anlaß zur Überprüfung gibt. Das Kammergericht hatte in einem Verfahren wegen Umgehung des vertikalen Preisbindungsverbotes ein eindeutiges Schreiben des Bundeskartellamtes nicht als Anlaß für den Betroffenen zur rechtlichen Überprüfung gesehen, da "besondere Umstände, nämlich die etwa gleichzeitige Einführung der Mehrwertsteuer und die damit verbundene Arbeitsüberlastung" vorlagen ⁵⁾.

1) Emmerich, Kartellrecht, 1982, S.307; Beispiele: BKartA, Tätigkeitsbericht 1959, S.40 f.; 1960, S.48; 1961, S.30 f., 33 f.; 1965, S.56; 1967, S.81; 1968, S.51, 1970, S.70; weitere Fälle bei Karsten Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S.300, Fn.55.

2) Langen/Niederleithinger, § 37a, Rdnr.1; a.M. Markert, ZHR 134 (1970), 208, 234.

3) Vgl. BKartA TB 1970, S.51, 70; 1971, S.63.

4) Ebenso in den Fällen des § 35 I S.1, 2. Alternative, § 38 I Nr.4, 5 GWB.

5) KG, Beschluß v. 10.1.69, WuW/E OLG 972, 973 "Landmaschinen".

Ein Schreiben der Landmaschinen Ackerschleppervereinigung hatte der Betroffene ebenfalls nicht zur Kenntnis genommen. Entscheidend war in diesem Fall aber, daß ein Organisationsfehler des Betriebes vorlag, der verhinderte, daß der kartellrechtswidrig Handelnde die Schreiben zu Gesicht bekam.

Hätte der Betroffene die Anschreiben erhalten, hätte er jedenfalls die Rechtslage überprüfen müssen.

Eine wirkliche Ausnahme stellt der Beschluß des Kammergerichts vom 29.1.1965 dar, in dem der Betroffene einen ausführlichen Bericht des Bundeskartellamtes nicht als Anlaß für Nachforschungen ansah. Es nahm einen unvermeidbaren Verbotsirrtum an ¹⁾.

Das Bundeskartellamt hatte noch eine Geldbuße verhängt, da es als erwiesen ansah, daß der Betroffene einem anderen Unternehmen Nachteile zufügte, um dieses zu einem Verhalten zu veranlassen, welches nach § 15 GWB nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf.

Das Kammergericht, das den Tatbestand schon als nicht erfüllt ansah, begründete den Freispruch zusätzlich mit einem unvermeidbaren Verbotsirrtum. Es wies aber im Urteil darauf hin, daß ein nicht verallgemeinerungsfähiger Sonderfall vorliegt.

Deshalb muß ein Schreiben der Kartellbehörden, in dem diese auf rechtswidriges Verhalten hinweisen, vom Betroffenen immer als Anlaß zur Überprüfung der Rechtslage gesehen werden. Es macht keinen Unterschied, ob es sich um ein formloses Anschreiben oder das objektive Untersagungsverfahren handelt. Ein Impuls geht von beiden aus.

1) KG, Beschluß v. 29.1.69, WuW/E OLG 717, 721 "Niedrigpreise"; bestätigt vom BGH, Beschluß v. 28.10.65, WuW/E BGH 704 "Saba".

d) Äußerungen Dritter

Auch aus Äußerungen dritter Personen können die Betroffenen schließen, daß sie sich evtl. im vom Kartellrecht geregelten Bereich befinden und müssen deshalb Erkundigungen über die Rechtslage einziehen. Weisen die an der kartellrechtswidrigen Vereinbarung Beteiligten auf die kartellrechtliche Problematik des Verhaltens hin, so muß der Beteiligte, der sich über diesen Konflikt vorher aus Unkenntnis keine Gedanken gemacht hat, die Rechtslage überprüfen.

Auch wenn ein Beteiligter anmerkt, daß man mit den Kartellbehörden gerade nicht in Konflikt geraten wolle und deshalb die Äußerungen von den Mitbewerbern nur als Preisempfehlungen aufgefaßt werden sollen anstatt als Absprachen, liegt ein Anlaß für die anderen Beteiligten vor, abzuklären, ob noch ein erlaubtes Verhalten vorliegt ¹⁾. Diese Ratschläge können nämlich ebenso zur Verschleierung der tatsächlich erfolgten Absprachen erfolgen ²⁾.

Einen Impuls zur Überprüfung hätten z.B. Heizölspediteure bekommen müssen anläßlich der Äußerung, man dürfe sich wegen kartellrechtlicher Bestimmungen nicht zusammentun ³⁾. Aus dieser Anmerkung, die auf einer Versammlung der Betroffenen gefallen war, folgt das kartellrechtliche Problembewußtsein. Da die Betroffenen keine Erkundigungen eingezogen hatten, ob ihr Verhalten rechtmäßig war, lag ein vorwerfbarer Verbotsirrtum vor.

1) KG, Urteil v. 8.2.74, WuW/E OLG 1449, 1454 "bitumenhaltige Bautenschutzmittel".

2) KG, aaO., Fn.1.

3) OLG Düsseldorf, Urteil v. 3.3.81, WuW/E OLG 2488, 2494 "Heizöl Spediteure".

Auch schriftlich festgehaltene Äußerungen, die dem Verantwortlichen vorgelegt werden, können den Impuls auslösen. In dem bereits erwähnten Fall ¹⁾ (S. Fn.), in dem das Kammergericht weder im Schreiben des Bundeskartellamtes, noch dem der berufsständischen Vereinigung einen Anlaß für die Überprüfung der Rechtslage sah, hatte der Betroffene aufgrund der im Protokoll der Versammlung der Pflugerhersteller wiedergegebenen Äußerungen, sein Geschäftsgebaren überprüfen müssen. In dem vom Betroffenen gelesenen Protokoll finden sich Ausführungen Dritter, wonach bisherige Preisempfehlungen nicht nur im Hinblick auf die neue Mehrwertsteuerregelung zu überprüfen sind, sondern auch hinsichtlich anderer gesetzlicher Vorschriften. Auch die Unterscheidung der Tagesordnungspunkte 1) Mehrwertsteuer, 2) Preisempfehlung und Bundeskartellamt hätten den Impuls auslösen können.

Einen Katalog möglicher Anhaltspunkte, die den Betroffenen zur Prüfung der Rechtslage anhalten müssen, aufzustellen, ist wegen der vielfältigen Sachverhaltskombinationen nicht möglich.

In Urteilen werden im Rahmen der Prüfung eines Verbotsirrtums die möglichen Anlässe für Impulse oftmals nicht dargestellt. Hat der Betroffene Maßnahmen zur Überprüfung der Rechtslage bereits getroffen, die aber ungenügend waren und die nicht vom kartellrechtswidrigen Handeln abhielten, braucht nicht nach dem ursprünglichen Anlaß geforscht zu werden. So kann aus der Beratung bei einem Rechtsanwalt hinsichtlich des geplanten Verhaltens auf anfängliche Zweifel zurückgeschlossen werden ²⁾.

1) KG, Beschluß v. 10.1.69, WuW/E OLG 972, 973 "Landmaschinen".

2) BKartA, Beschluß v. 14.5.71, WuW/E BKartA 1351, 1358 "Tubenhersteller"; BKartA, Beschluß v. 20.8.75, WuW/E BKartA 1586, 1588 "Preisaukleber"; OLG Düsseldorf, Urteil v. 15.12.80, WuW/E OLG 2364, 2368 "Ölbrenner II"; KG, Urteil v. 16.3.84, WuW/E OLG 3169 "Nordmende".

Auch wenn der kartellrechtswidrig Handelnde keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens hatte, führt dies nur zu einem unvermeidbaren Verbotsirrtum, wenn er über die kartellrechtlichen Vorschriften informiert war und auch bei sorgfältigem Vorgehen keinen Anlaß haben mußte, sich mit der Rechtslage auseinanderzusetzen.

3. Anspannung des Betroffenen zur Erkenntnis des Impulses

a) Gesetzeskenntnis

In den Fällen der Abmahnung durch die Kartellbehörden oder eines ausdrücklichen Hinweises durch Dritte muß jeder, auch der kartellrechtlich völlig Unerfahrene, einen Impuls verspüren.

Wird der Betroffene aber nicht so deutlich auf die Problematik hingewiesen, muß er Vorkehrungen treffen, um einen Anlaß zur Prüfung auch als solchen zu erkennen. Insbesondere wegen der Möglichkeit, einen Impuls aus der Gewissensanspannung (I 2 a) und der Tatbestandsverwirklichung (I 2 b) zu erhalten, muß der wirtschaftlich Handelnde sich über die möglichen gesetzlichen Regelungen informieren ¹⁾. Kommen dem Betroffenen deshalb mangels Berufsbildung keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens, so begründet dies bereits einen vermeidbaren Rechtsirrtum ²⁾. Die Unfähigkeit, den Anlaß zu erkennen, ist Folge des Wissensmangels, den der Betroffene in der Zeit vor der Tat in vorwerfbarer Weise nicht behoben hat ³⁾.

1) Vgl. 1. Teil III 3a.

2) Cramer, in: Schönke/Schröder, § 17, Rdnr. 16; BGHSt 5, 289; Eser, Strafrecht I, 3. Aufl., Frankfurt 1980, S. 149.

3) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, 1969, S. 256.

So wie der Gewohnheitsverbrecher durch strafbare Lebensführung die Ansprechbarkeit durch sittliche Werte eingeübt hat, liegt Lebensführungsschuld im Ordnungswidrigkeitenrecht vor, wenn der durch das Gesetz Angesprochene sich nicht so weit Kenntnis vom Gesetz verschafft, daß er erkennt, wenn er sich in dem vom Gesetz geregelten Bereich befindet.

Wie stark der wirtschaftlich Handelnde sich mit den Vorschriften vertraut machen muß, ist eine Frage der Zumutbarkeit ¹⁾. Nach Maßgabe der zur Verfügung stehenden Mittel muß sich jeder über die für seine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit maßgebenden Vorschrift unterrichten, wobei aber ein strenger Maßstab angelegt wird ²⁾. Deshalb kann sich ein Betroffener auch nicht dahingehend einlassen, das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen überhaupt nicht gekannt zu haben ³⁾.

b) Lebens- und Berufskreis

Die Anforderungen, den Impuls zu erkennen, trifft nicht alle Betroffenen gleich, sondern hängt von der Persönlichkeit des Täters und seinem beruflichen Umfeld ab. Wer in einer kleinen Firma arbeitet, kann eher darlegen, mit dem Kartellrecht nie in Berührung gekommen zu sein und deshalb geglaubt zu haben, daß das Kartellrecht nur für Großunternehmen und Konzerne anwendbar sei ⁴⁾. Begründet der Täter die völlige Uninformiertheit über das Kartellgesetz schlüssig und nachvollziehbar und ist dies

1) Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Berlin 1983, S.64.

2) KG, Beschluß v. 22.5.1973, WuW/E OLG 1407, 1409 "Bilder aus Gold".

3) Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr, Bußgeldbescheid v. 4.10.73, WuW/E LKartB, 129.

4) OLG München, Urteil v. 16.11.79, WuW/E OLG 2321 "Luftfotographie".

unter Berücksichtigung der Täterpersönlichkeit glaubhaft, kann ihm jedoch kein Vorwurf gemacht werden.

Betroffene, die eine geschäftsführende Tätigkeit ausüben, müssen sich immer mit den einschlägigen Gesetzen vertraut machen, sich also auch informieren, welche Gesetze überhaupt ihren Aufgabenbereich tangieren ¹⁾.

Vertretungsberechtigte Organe großer Firmen (z.B. 2 Mrd. Jahresumsatz, Gesellschaftskapital von 20 Mio.DM ²⁾)

dürfen sich nicht nur in groben Zügen informieren, sondern müssen sich laufend über die relevanten Vorschriften, zu denen auch das GWB zählt, unterrichten ³⁾.

Ebenso muß sich der Aufsichtspflichtige (§ 130 I S.2, II OWiG) Kenntnisse über die gesetzlichen Vorschriften verschaffen.

II. Anlaß zur konkreten Aufsichtsmaßnahme

Trotz Kenntnis des GWB sind dennoch Verstöße gegen die Aufsichtspflicht denkbar. Wegen der Vielzahl der möglichen Verletzungen des GWB kann vom Aufsichtspflichtigen nicht erwartet werden, daß er jeden möglichen Kartellverstoß im voraus bedenkt und entsprechende Maßnahmen ergreift ⁴⁾. Solange einzelne Vorkommnisse nicht Veranlassung geben, bestimmte pflichtwidrige Verhaltensweisen zu bekämpfen, genügt es, daß der Aufsichtspflichtige allgemeine Vorkehrungen gegen diejenigen Rechtsverstöße trifft, mit denen er nach der Erfahrung des täglichen Lebens rechnen muß. Erst wenn die Überwachungspflicht konkretisiert und aktualisiert wurde, z.B. durch ein Gespräch, aus

1) OLG Düsseldorf, Urteil v. 3.3.81, WuW/E OLG 2488, 2494 "Heizöl Spediteure".

2) BKartA, Beschluß v. 16.7.72, WuW/E BKartA 1389 "Butter-Exportkontor".

3) OLG Düsseldorf, aaO., Fn.1.

4) OLG Stuttgart, Urteil v. 29.4.83, WuW/E OLG 3041 "Landesdenkmalschutz".

dem der Aufsichtspflichtige auf das kartellwidrige Verhalten schließen konnte, muß er einschreiten ¹⁾.

Zwar wird auch durch die Delegation der Aufsichtspflicht der Betriebsinhaber nicht gänzlich von seiner Aufsichtspflicht entbunden, wenn aber keine besonderen Umstände vorliegen, kann er sich auf Stichproben beschränken. Umfassende Aufsichtsmaßnahmen muß der Pflichtige erst ergreifen, wenn er aufgrund von Unregelmäßigkeiten einen Impuls hierzu bekommen hat ²⁾.

III. Ergebnis des zweiten Teils

Einem wirtschaftlich Handelnden kann der Vorwurf, sich um die Aufklärung der Rechtslage durch Nachfrage bei einem Anwalt oder eigenes Nachdenken nicht bemüht zu haben, nur gemacht werden, wenn er hierzu einen Impuls verspürt hat. Zwar besteht, abhängig von der Position im Wirtschaftsleben, für den Betroffenen die Pflicht, sich mit den Gesetzesvorschriften vertraut zu machen. Es kann aber nicht bei jeder konkreten Handlung vom Betroffenen verlangt werden, vorher einen Rechtsrat einzuziehen, dies würde seine wirtschaftliche Handlungsfähigkeit in unzumutbarer Weise einschränken. Vielmehr muß er sich schon bei Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit Kenntnisse des GWB aneignen. Wegen der weiten normativen Begriffe kann der Betroffene dennoch bisweilen nicht erkennen, daß er sich im kartellrechtlich problematischen Bereich befindet. Voraussetzung für einen vorwerfbaren Irrtum ist dann das Vorliegen eines von außen auf den Betroffenen einwirkenden Anlasses (Ab-

1) KG, Urteil v. 2.2.76, WuW/E OLG 1687, 1697 "Laboruntersuchung".

2) Meier, § 130, Anm.4; Göhler, § 130, Rdnr.13 m.w.Nachw.

mahnung, Äußerung Dritter), der bei ihm einen Impuls auslöste oder hätte auslösen müssen.

Vom Handelnden kann erwartet werden, daß er entsprechend seiner Stellung im Berufsleben die Rechtsentwicklung aufmerksam verfolgt, um genügend sensibilisiert zu sein, Hinweise auf rechtswidriges Verhalten zu erkennen.

Im Gegensatz zum Tatbestandsirrtum wird der Impuls auch bei der Verletzung der Aufsichtspflicht relevant. Die konkrete Aufsichtsmaßnahme setzt wie die konkrete Erkundigung einen Impuls voraus.

3. Teil: Erkundigungen bei einem Rechtsanwalt

I. Erkundigungsmöglichkeiten

Im folgenden sollen die Pflichten näher untersucht werden, die den wirtschaftlich Handelnden treffen, wenn er einen Impuls gespürt hat und zur Überwindung seiner Zweifel dann Erkundigungen einziehen will. Im Rahmen des Tatbestandsirrtums stellt sich die Frage, wann der Betroffene rechtsfahrlässig gehandelt hat, wenn er wegen eines Irrtums unvorsätzlich den objektiven Tatbestand verwirklicht hat.

Durch Nachdenken allein ist es für einen nicht juristisch Vorgebildeten unmöglich, die Rechtslage im Kartellrecht zu erkennen ¹⁾; er muß Dritte um Rat fragen. Streitpunkt können u.a. sein: Der Kreis der Auskunftspersonen, wie der Betroffene die Auskunftsperson mit entscheidungserheblichem Material versorgen muß, wie detailliert die Rechtsauskünfte sein müssen, damit sich der Betroffene noch mit dem Rat auseinandersetzen und zu einer eigenen Entscheidung finden kann ²⁾.

Als erstes muß der Ratsuchende sich fragen, an wen er sich wenden darf. Außer bei den Kartellbehörden hat der Betroffene die Möglichkeit, sich bei der eigenen Rechtsabteilung (falls vorhanden), bei einem selbständigen Rechtsanwalt ³⁾ oder einem Hochschulprofessor zu informieren.

1) Fischötter, in: GK, Vorbem. Ordnungswidrigkeiten, Rdnr.39; Müller/Gießler/Scholz, § 38, Rdnr.12; BT-Drucks.V/1269, 46 f.; ebenso für das Ordnungswidrigkeitenrecht allgemein Rebmann/Roth/Hermann, § 11, Rdnr.38; Meier, § 11 S.38i; Göhler, § 11, Rdnr.24 a.E., 26; Rotberg, § 11, Rdnr.10 m.w.Nachw.; R.Schmitt, Ordnungswidrigkeitenrecht, dargestellt für den Bereich der Wirtschaft, 1970, S.32.

2) Thomas, WuW 1978, 20, 25.

3) Rudolphi/Horn/Samson, § 17, Rdnr.40; Welzel, § 22 III, 2; OLG Stuttgart, Beschluß v. 22.12.1980, WuW/E OLG 2376, 2378 "CRP Umzüge".

Im Kartellrecht ist der Kreis der Auskunftspersonen wegen der Spezialität der Materie enger zu fassen als im bürgerlichen Recht ¹⁾ oder Strafrecht ²⁾. Entscheidend ist die Vertrauenswürdigkeit der Auskunft. Dies ist sie, wenn der Befragte für den kartellrechtlichen Bereich sachkundig ist und objektiv urteilt ³⁾.

Für den Ratsuchenden bietet sich die Auskunft eines Rechtsanwaltes an, da es dessen berufliche Aufgabe ist, in Rechtsangelegenheiten zu beraten ⁴⁾. Das Bundeskartellamt hat in mehreren Entscheidungen, in denen es die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums annahm, auf die Möglichkeit des Betroffenen hingewiesen, sich durch einen Anwalt Rechtsklarheit zu verschaffen ⁵⁾.

Auch nach der kartellrechtlichen Rechtsprechung ist für die Gerichte der Rat eines Anwaltes ein Mittel, Zweifel an der Rechtslage zu überwinden ⁶⁾.

Vereinzelt wird sogar die Meinung vertreten, daß mehr als das Einholen einer Auskunft bei einem Anwalt nicht gefordert werden kann ⁷⁾. So hatte das OLG Düsseldorf die Verhängung einer Liefersperr (§ 26 II GWB) als nicht vorwerfbar ange-

-
- 1) Vgl. Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 12.Aufl. 1985, § 285, Rdnr.25.
 - 2) Vgl. Cramer, in: Schönke/Schröder, § 17, Rdnr.16; Jakobs, S.464; Stratenwerth, Strafrecht AT, 3.Aufl., Köln 1981, § 10, Rdnr.594.
 - 3) Rudolphi/Horn/Samson, § 17, Rdnr.40; Preisendanz, Strafgesetzbuch, 30.Aufl. München 1978, § 17, Anm.7a, aa; Blei, Strafrecht AT 18.Aufl. München 1983, S.203.
 - 4) Thomas, WuW 1978, 20, 26; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S.245 m.w.Nachw.; KG, Urteil v. 24.3.77, JR 1977, 379, 381; OLG Frankfurt, Urteil v. 6.11.1963, NJW 1964, 508.
 - 5) BKartA, Beschluß v. 16.2.1972, WuW/E BKartA 1389 "Butter Exportkontor"; BKartA, Beschluß v. 20.4.76, WuW/E BKartA 1679; BKartA, Beschluß v. 9.5.77, WuW/E BKartA 1683 "Preislisten zur Auswahl".
 - 6) KG, Beschluß v. 13.4.73, WuW/E OLG 1394, 1397 "japanische Fotoimporte"; KG, Urteil v. 8.2.74, WuW/E OLG 1449, 1454 "bitumenhaltige Bautenschutzmittel"; KG, Urteil v. 2.2.76, WuW/E OLG 1687, 1694 "Laboruntersuchung".
 - 7) OLG Hamburg, Beschluß v. 17.5.73, MDR 1974, 52; vgl. Schultz/Süchting, GRUR 1974, 432.

sehen, da der Betroffene sich nach anwaltschaftlicher Beratung hierzu entschlossen hatte ¹⁾.

Es genügt aber nicht in jedem Fall, auf die "Kontrolle" von Rechtsanwälten zu verweisen. Zwei Volljuristen hatten eine Boykottaufforderung des Betroffenen gelesen und keine Bedenken angemeldet ²⁾. Dies wirkte aber nicht entschuldigend, da die Juristen als Journalisten eingestellt waren. Auch auf die Meinung eines Anwaltes, der gleichzeitig Geschäftsführer der Preismeldestelle ist, darf der Ratsuchende sich nicht verlassen ³⁾.

Wie diese Entscheidungen zeigen, kann nicht die Tatsache der Beratung durch einen Anwalt allein ausschlaggebend sein, es müssen weitere Voraussetzungen erfüllt werden. Eine anwaltschaftliche Beratung hat wiederholt den Vorwurf einer Kartellordnungswidrigkeit nicht ausschließen können ⁴⁾.

II. Vertrauenswürdigkeit des Rechtsanwaltes

1. Stellung des Anwalts zum Mandanten

a) Selbständiger Anwalt

Der Betroffene kann sich nicht auf einen anwaltschaftlichen Rat berufen, falls er der Auskunft nicht Vertrauen entgegengebracht hat oder nicht hätte entgegenbringen dürfen. Neben der Frage im Bereich des Tatsächlichen, ob der Betroffene ein enges Vertrauensverhältnis zum Rechtsanwalt hatte ⁵⁾, stellt sich das normative Problem, ob der Be-

-
- 1) OLG Düsseldorf, Urteil v. 28.8.79, WuW/E OLG 2163, 2165 "Ölbrenner".
 - 2) KG, Urteil v. 28.1.85, WuW/E OLG 3543 "Kontaktlinsenflegemittel".
 - 3) BKartA, Beschluß v. 14.5.77, WuW/E BKartA 1351, 1358 "Tubenhersteller".
 - 4) KG, Beschluß v. 16.10.64, WuW/E OLG 709, 714 "Klinker"; KG, Urteil v. 16.3.84, WuW/E OLG 3169 "Nordmende".
 - 5) OLG Bremen, Beschluß v. 2.3.81, NSTZ 1981, 265 f.

troffene aufgrund der Umstände dem Rat trauen und folgen durfte¹⁾. Wenn der Anwalt den Ratsuchenden lange kennt und ihn auch schon beraten hat, folgt hieraus noch nicht zwangsläufig, daß der Rechtsanwalt auch im kartellrechtlichen Bereich vertrauenswürdige Auskunft geben kann.

Die Vertrauenswürdigkeit des Anwaltes für den Mandanten wird in Fällen des unvermeidbaren Verbotsirrtums von der Rechtsprechung hervorgehoben²⁾. Von Bedeutung für die Vertrauenswürdigkeit des Anwaltes ist neben seiner Qualifikation (vgl. II 2), in welchem Verhältnis er zum Mandanten steht.

Fraglich ist dabei, wieweit der Mandant sich auf eine Auskunft des gegnerischen Anwaltes verlassen darf und ob die eigene Rechtsabteilung unter dem Aspekt der Vermeidbarkeit eines Irrtums vertrauenswürdig ist. Auf die Auskunft eines selbständigen Anwaltes darf sich der Mandant verlassen, wenn der Anwalt die erforderliche Qualifikation aufweist (s. u.). Erkennt der Mandant aber einen Interessenkonflikt des Anwaltes oder eine persönliche Betroffenheit, so darf er sich auf den Rat nicht verlassen³⁾.

b) Gegnerischer Anwalt

Ein Anwalt kann auch mehrere Unternehmen einer Branche gleichzeitig über kartellrechtlich zulässiges Marktverhalten beraten. Wenn die beratenen Unternehmen in gleicher

1) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, 1969, S.241 ff.

2) OLG München, Urteil v. 16.11.79, WuW/E OLG 2321 "Luftfotographie"; OLG Düsseldorf, Urteil v. 15.12.80, WuW/E OLG 2364, 2368 "Ölbrenner II".

3) BGH, Beschluß v. 1.12.81, WuW/E BGH 1901, 1909 "Transportbeton Vertrieb"; KG, Beschluß v. 24.3.72, WuW/E OLG 1253, 1263 "Tubenhersteller II".

Weise Konsequenzen ziehen, liegt noch keine Empfehlung vor ¹⁾. Dies muß ebenso sein, wenn die Rechtsberatung fehlerhaft war.

Solange der Anwalt in einem derartigen Fall einem Mandanten nicht speziell verbunden ist, was sich auf die Vertrauenswürdigkeit im Verhältnis zu den anderen auswirken könnte, sind keine Besonderheiten bei der Vermeidbarkeitsprüfung im Vergleich zur Einzelberatung zu beachten.

Anders ist es, falls der Betroffene sich auf die Rechtsansicht oder die Auskunft des gegnerischen Anwalts beruft. Hier fragt es sich, ob der Rat noch vertrauenswürdig ist.

Aus einem Urteil des Bundesgerichtshofes, welches im versicherungsrechtlichen Bereich ergangen ist, läßt sich nichts für den Verbotsirrtum folgern. Der Bundesgerichtshof hatte dem Versicherungsnehmer, der sich auf den Rat des gegnerischen Anwaltes verlassen hatte, keine grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen ²⁾.

Aber auch das freisprechende Kammergerichtsurteil aus dem Jahre 1980 ³⁾ läßt sich nicht verallgemeinern. Der Betroffene vertraute auf den gegnerischen Anwalt, der an einem Gebietsaufteilungsvertrag aktiv mitarbeitete und die gegnerische Seite ständig beriet. Ausschlaggebend für den unvermeidbaren Verbotsirrtum war, daß der Betroffene wegen seines geringen Wissens um kartellrechtliche Regelungen ein gänzlich fehlendes Problembewußtsein hatte. Der Betroffene hatte keinen Anlaß gesehen, an der Rechtmäßigkeit seines Tuns zu zweifeln. Er hatte den Anwalt auch nicht um Rat gefragt, ob ein Gebietsaufteilungsvertrag rechtmäßig ist.

1) Benisch, in: GK, § 38, I, Rdnr.74.

2) BGH, Urteil v. 3.12.65, VersR 56, 153.

3) KG, Urteil v. 12.6.80, WuW/E OLG 2321, 2323 f. "Luftfotographie".

Liegen Zweifel beim Betroffenen vor, darf er sich nicht auf die Rechtsansicht des gegnerischen Anwaltes verlassen, sondern muß sich selbst um eine Klärung der Rechtslage bemühen, indem er einen Anwalt beauftragt. Nur dann darf der Betroffene sich auf die Auskunft verlassen.

Hierauf stellt das Kammergericht in seinem Beschluß vom 29. April 1966 ab ¹⁾. Es betonte, daß der Betroffene sich nicht auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen könne, da die "Bereinigungsvorschläge" des gegnerischen Rechtsanwaltes kein Rat waren, den der Betroffene erbeten hatte. Er hätte deshalb die Vorschläge und Anregungen der Gegenseite durch einen besonders beauftragten Fachanwalt überprüfen lassen müssen. Auf Revision des Betroffenen hin bestätigte der Bundesgerichtshof obigen Grundsatz ²⁾. Das zeitweilige Mitwirken eines auf der Gegenseite auftretenden Rechtsanwaltes an den Verhandlungen zu einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung (§§ 25 I, 38 I Nr. 8 GWB) kann nicht entlastend wirken.

In keinem Urteil wird ein Anwalt, der von einer Gegenseite beauftragt wurde, als vertrauensunwürdig hingestellt. Dies wäre auch wegen der Rolle des Anwaltes als dem Gemeinwesen verpflichteten Juristen nicht verträglich ³⁾, der als unabhängiges Organ der Rechtspflege bezeichnet wird (§ 1 BRAO).

Dennoch wertet die Rechtsprechung den Rat des gegnerischen Anwaltes nicht entschuldigend. Die Sorgfaltspflicht, die an die Umstände der Beratung (Auftragserteilung, Erklärung des Gutachtens) gestellt werden, sind vom Betroffenen bei einem Rat durch einen gegnerischen Anwalt in der Regel nicht erfüllt.

1) KG, Beschluß v. 29.4.66, Az: KartB 2/66, unveröffentlicht.

2) BGH, Beschluß v. 1.12.66, WuW/E BGH 858, 862 "Konkurrenz-filiale".

3) Vgl. BVerfG, NJW 1975, 103, 105; Krämer, NJW 1975, 849; siehe auch Lammel, AcP 179 (1979), 337, 362.

c) Angestellter Rechtsanwalt

(1) Beeinflussungsmöglichkeit durch Arbeitgeber?

Zur Frage der Vertrauenswürdigkeit des Rechtsberaters gehört auch das Problem der Zuverlässigkeit eines Rates der Rechtsabteilung. Hier kann sich das enge Verhältnis zwischen Berater und Beratendem zum Nachteil des Betroffenen auswirken, da der Rat einer Rechtsabteilung zu sehr von den wirtschaftlichen Interessen der Firma beeinflusst sein könnte.

Ob der angestellte oder selbständige Rechtsanwalt vertrauenswürdiger ist, und wann ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vorliegt, ist in konkreter Form in Rechtsprechung und Literatur kaum erörtert worden ¹⁾.

Gegen eine entschuldigende Wirkung der Auskunft der eigenen Rechtsabteilung spricht, daß die erforderliche Distanz zum Mandanten, die zur objektiven Rechtsberatung nötig ist, fehlen könnte ²⁾.

Hat ein Betroffener sich von der eigenen Rechtsabteilung beraten lassen, wird der Rechtsauskunft zum Teil nur eine Feigenblatt-Funktion zugesprochen ³⁾ bzw. soll dann eine besonders kritische Überprüfung dieser Ratschläge nochmals erforderlich sein ⁴⁾.

Das Oberlandesgericht Hamburg ⁵⁾ hat dagegen, in einem strafrechtlichen Fall die Meinung abgelehnt, der Rat eines bei dem Betroffenen, einem Verlag, angestellten Juristen sei nicht objektiv, weil dieser kein "neutraler Jurist" sei, sondern ein Interessenvertreter, zu dessen Aufgaben es gehöre, den

1) Thomas, WuW 1974, 20, 25.

2) Schultz/Süchting, GRUR 1974, 432, 436; RG, GRUR 1939, 787, 790.

3) Cramer, in: Schönke/Schröder, § 17, Rdnr.16; Meyer, JuS 77, 250; OLG Stuttgart, Urteil v. 22.4.77, NJW 1408, 1409.

4) KG, Urteil v. 30.6.1977, JR 1978, 166.

5) OLG Hamburg, Urteil v. 12.10.66, NJW 1967, 213, 214 f.

Verlag und seine Angehörigen gegen Strafanzeigen abzusichern. Das Gericht nahm an, daß der angestellte Jurist gerade Veranlassung gebe, ihm zu vertrauen, da er auf dem Gebiet des Presserechts besonders beschlagen und erfahren sein müsse. Die Vertrauenswürdigkeit kann Hausjuristen auch deshalb nicht abgesprochen werden, weil sie sich durch die Erteilung falscher Rechtsauskünfte selbst der Gefahr einer Strafverfolgung wegen Anstiftung zu der Straftat des Beratenden aussetzen ¹⁾. Deshalb soll der Rat der eigenen Rechtsabteilung ebenso entschuldigend wirken können, wie die Auskunft eines selbständigen Anwaltes ²⁾. Diese Gleichstellung wird insbesondere dann vertreten, wenn es als Hauptaufgabe des Rechtsbeistandes angesehen wird, den Betroffenen mit Entscheidungskriterien und Unterlagen zu versorgen, damit dieser dann selbständig eine Entscheidung treffen kann ³⁾. Falls Rechtsabteilung und Anwalt dieselbe Funktion haben, nämlich dem Nichtjuristen das entscheidungserhebliche Material zur Verfügung zu stellen, ist eine Gleichbehandlung geboten.

(2) Beschäftigungsverhältnis - das entscheidende Kriterium?

Es muß der Frage nachgegangen werden, ob die Kartellrechtsprechung nach der Vertrauenswürdigkeit differenziert, je nachdem, ob die Auskunft von einem angestellten oder selbständigen Rechtsanwalt erfolgte und ob diese Differenzierung nur auf der Art des Beschäftigungsverhältnisses beruht oder andere Elemente, wie die Besprechung der Auskunft zwischen Mandant und Rechtsanwalt oder ähn-

1) Rudolphi/Horn/Samson, § 17, Rdnr.40.

2) OLG Bremen, Beschluß v. 2.3.81, NSTZ 81, 265; Schröder, in: LK, § 17, Rdnr.44; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, 1969, S.245 m.w.Nachw.

3) Thomas, WuW 1974, 20, 27..

liches die entscheidende Rolle spielen. Das eine Rechtsabteilung tatsächlich in kartellrechtswidriges Verhalten verstrickt werden kann und dabei auch aktiv mitwirkt, zeigt der Sachverhalt, der dem Beschluß des Bundeskartellamtes vom 15. März 1972 zugrundelag ¹⁾. Die für die Beratung des entsprechenden Geschäftsbereiches zuständigen Mitarbeiter der Rechtsabteilung hatten sich an den Ordnungswidrigkeiten (§ 38 I Nr. 1 i. V. m. § 1 GWB) beteiligt (§ 9 OWiG). Sie hatten entsprechend ihrer Aufgabenstellung, die eine intensive Zusammenarbeit mit den betroffenen Angehörigen ihres Unternehmens mit sich brachte, zwangsläufig die Verträge gekannt. Sie wurden bei allen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen zu Rate gezogen, wirkten an Formulierungen mit und führten die Korrespondenz mit dem Bundeskartellamt.

Dennoch läßt sich aus diesem Fall nicht der Schluß ziehen, eine Rechtsabteilung handele und berate mehr in Richtung des wirtschaftlichen Vorteils für die Firma. Der Betroffene, der den rechtlichen Mantel geschaffen hatte, unter dem die Kartellzentrale wirkte und der die internationalen Protokolle auf ihre kartellrechtlichen Gefahren durchsah, war nämlich in dem genannten Fall ein zugelassener Rechtsanwalt. Seine genauen Kenntnisse des Kartellrechts wertete das Bundeskartellamt erschwerend.

Auch aus dem Beschluß des Bundeskartellamtes vom 28. Dezember 1971 ²⁾ läßt sich die Gleichbehandlung von externem Rechtsanwalt und eigener Rechtsabteilung entnehmen. Die Betroffene hatte Kartellabsprachen über Produktion und Vertrieb von Linoleum und Feltbasen getroffen. Hierbei wurde u. a. der Inlandsmarkt nach Quoten aufgeteilt und Preise und Rabatte

1) BKartA, Beschluß v. 15.3.72, WuW/E BKartA 1393 "Polyamid".

2) BKartA, Beschluß v. 28.12.71, WuW/E BKartA 1376 "Linoleum".

wurden abgesprochen, wodurch gegen §§ 1, 38 I Nr.1 GWB verstoßen wurde.

Der Vorstandsvorsitzende kann sich nach Ansicht des BKartA als Betroffener nicht darauf berufen, er habe seine Handlungsweise für erlaubt halten dürfen, da das Unternehmen eine eigene Rechtsabteilung hatte und dazu noch von einer in Kartellsachen viel beschäftigten Abwaltssozietät seit vielen Jahren vor dem Bundeskartellamt vertreten wurde. Hier war aber gerade der Anwaltssozietät die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Betroffenen bewußt. Sie unterstützte sogar das rechtswidrige Verhalten eines anderen Betroffenen, der durch die Sozietät wahrheitswidrig erklären ließ, daß die alsbaldige Übersendung vom Bundeskartellamt erbetener Protokolle über Sitzungen des internationalen Linoleum-Kartells mit Rücksicht auf den britischen Poststreik nicht möglich sei, da sich diese Protokolle dort befinden würden. Bei Ermittlungen am Sitz des Unternehmens stellte sich heraus, daß der Betroffene von Anfang an im Besitz dieser Unterlagen gewesen war.

Aus obigen Fällen läßt sich zwar noch nicht der positive Schluß ziehen, daß der Rat einer Rechtsabteilung dem eines Rechtsanwaltes gleichzustellen ist, das Argument der Beeinflussung durch die wirtschaftlichen Interessen der Firma kann aber auf einen freien Rechtsanwalt ebenso zutreffen wie auf die Rechtsabteilung.

Eine nicht verallgemeinerungsfähige Ausnahme stellt folgendes Urteil dar. Das Kammergericht hat im Urteil vom 12. November 1971 ¹⁾ einem Betroffenen einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zugestanden, der aufgrund früherer Äußerungen von Angehörigen der Rechtsabteilung der betroffenen Firma angenommen hatte, ein Exportkartellvertrag, der nicht bei der Kartellbehörde angemeldet ist, sei zwar nach deutschem Kartellrecht zivilrechtlich unwirksam, seine Verwirklichung sei aber nicht ordnungswidrig. Die Entscheidung läßt keine weitergehenden Schlüsse zu, da der Betroffene seinen Ver-

1) BGH, Beschluß v. 12.7.73, WuW/E BGH 1276 "Ölfeldrohre".

botsirrtum nicht nur auf Äußerungen der Rechtsabteilung stützte, sondern auch auf die Untätigkeit des Bundeskartellamtes, welches in vier Jahren, in denen ein Kartellvertrag mit Japan bereits praktiziert wurde, nicht einschritt. Hierzu hatte das Bundeskartellamt aber nach den Ausführungen des Kammergerichts und des Bundesgerichtshofes ¹⁾ keinen Grund gehabt, da der Kartellvertrag keine Auswirkungen im Wirkungsbereich des GWB hatte.

Der Bundesgerichtshof bestätigte die Ausführungen zum Verbotsirrtum nicht, sondern hielt das kammergerichtliche Urteil mit der Begründung aufrecht, daß tatbestandlich schon § 38 I Nr.1 i.V.m. § 1 GWB nicht erfüllt sei. So finden die Ausführungen zum Verbotsirrtum keine höchstgerichtliche Bestätigung.

Verglichen mit den Anforderungen an die Rechtsberatung, die die Rechtsprechung sonst stellt, werden im obigen Fall sehr geringe Maßstäbe angelegt.

(3) Rechtsabteilung eines an der Absprache beteiligten Unternehmens

Im obigen Fall standen sich noch zwei Kontrahenten mit entgegengesetzten Interessen gegenüber. Im Kartellrecht ist jedoch auch die Konstellation denkbar, daß gleichlaufende Interessen der Beteiligten vorliegen. Auf die besonderen kartellrechtlichen Konstellationen, in denen die Interessen der Betroffenen auch im Bußgeldverfahren nicht gegeneinanderlaufen, sondern zusammenfallen, weist der Verfassungsrechtsausschuß des Deutschen Anwaltsvereins hin ²⁾. Ein solcher Fall liegt z.B. bei der Vereinbarung

1) BGH, Beschluß v. 12.7.73, WuW/E BGH 1276 "Ölfeldrohre".

2) Stellungnahme zur Verfassungsbeschwerde gegen § 166 StPO (Verbot der Doppelverteidigung), WuW1975, 549.

eines Wettbewerbsverbotes durch die Gesellschafter eines Gemeinschaftsunternehmens vor.

Das Oberlandesgericht München ¹⁾ hatte dem Betroffenen einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zugebilligt, da er sich bei der Rechtsabteilung eines anderen Betroffenen nach der kartellrechtlichen Rechtslage erkundigt hatte. Er hatte die Auskunft erhalten, der Gesellschaftsvertrag mit dem Wettbewerbsverzicht sei kartellrechtlich unbedenklich. "Da die Firma Readymix seinerzeit zu den größten Unternehmen am einschlägigen Markt gehörte, eine eigene Rechtsabteilung unterhielt und die Betroffenen daher davon ausgehen durften, daß deren Juristen die kartellrechtliche Rechtslage zutreffend beurteilten, konnte von ihnen auch nicht verlangt werden, daß sie noch weitere Erkundigungen einziehen und so den etwaigen Irrtum über die kartellrechtliche Zulässigkeit des Wettbewerbsverbotes hätten vermeiden können ²⁾." Der Bundesgerichtshof hob das Urteil auf. "Die Betroffenen durften sich nicht allein auf die Auskunft der Rechtsabteilung der Readymix verlassen. Dieses Unternehmen war an der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung beteiligt, die auf dem Markt für Transportbeton im Raum Augsburg seinerzeit getroffen worden sind. Die Betroffenen mußten deshalb berücksichtigen, daß die ihnen erteilte Auskunft durch die eigenen wirtschaftlichen Interessen der Readymix beeinflusst sein könnten ³⁾."

d) Zusammenfassung

Zwar verweist die Rechtsprechung in Fällen des vermeidbaren Verbotsirrtums auf die Möglichkeit, sich durch die Rechts-

1) OLG München, Beschluß v. 2.5.79, Az. Kart 1/78, unveröffentlicht; gegen die Betroffenen 1 vormals 9, 2 vormals 10 und 3 vormals 11.

2) OLG München, Beschluß v. 2.5.79, aaO., Fn.1.

3) BGH, Beschluß v. 1.12.81, WuW/E BGH 1901, 1904 "Transportbeton Vertrieb". Nach Aufhebung durch Rückverweisung, wurde das Verfahren eingestellt (§ 47 I 2 OWiG).

abteilung zu informieren ¹⁾. Einen unvermeidbaren Verbotsirrtum aufgrund der Auskünfte durch die eigene Rechtsabteilung hatte der Bundesgerichtshof aber noch nie angenommen. Den Betroffenen haben immer noch weitere Nachprüfungspflichten getroffen. Die Entscheidungen der Oberlandesgerichte ²⁾, die einen unvermeidbaren Verbotsirrtum angenommen hatten, wenn der Betroffene sich auf den Rat der Rechtsabteilung verlassen hatte, wurden entweder aufgehoben, oder der Bundesgerichtshof stützte sein bestätigendes Urteil auf eine andere Begründung ³⁾.

Außer an die Auskunftsperson wurden auch Ansprüche an die Umstände der Erkundigung und die Auseinandersetzung mit dem Rechtsrat gestellt. Unabhängig davon, ob diese Anforderungen erfüllt wurden, hatte der Bundesgerichtshof die Auskunft der Rechtsabteilung einer an der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung beteiligten Firma als nicht entschuldigend gewertet. Wenn aber Dritte sich wegen der Gefahr der Beeinflussung nicht auf den Rat einer Rechtsabteilung verlassen können, dann kann der Rat an die eigene Firma selbst auch nicht entschuldigend wirken, da sie ja erst recht die Möglichkeit hat, die angestellten Rechtsanwälte zu beeinflussen. Der Rat einer Rechtsabteilung wirkt im Kartellrecht nicht entschuldigend.

Sollen kartellrechtliche Probleme geprüft werden, so sind selbständige Rechtsanwälte in die Prüfung einzuschalten, wenn der Betroffene jeden Irrtum vermeiden will. Zwar wird der Rat der Rechtsabteilung nicht schlechthin als

-
- 1) Vgl. KG, Beschluß v. 28.1.85, WuW/E OLG 3543, 3547 "Kontaktlinsenpflegemittel".
 - 2) OLG München, Beschluß v. 2.5.79; Az: Kart.1/78, unveröffentlicht; KG, Urteil v. 12.11.71, WuW/E OLG 1219 "Ölfeldrohre".
 - 3) Beschluß des BGH v. 1.12.81, WuW/E BGH 1901 "Transportbeton Vertrieb II"; Beschluß des BGH v. 12.7.73, WuW/E BGH 1276 "Ölfeldrohre".

Schutzbehauptung abgetan werden können ¹⁾. Um aber alles zur Vermeidung eines Irrtums getan zu haben, muß der Betroffene nach Möglichkeit versuchen, objektiven Rechtsrat zu erhalten. Unternehmen mit eigener Rechtsabteilung sind somit benachteiligt gegenüber Firmen, die nicht angestellte Anwälte beauftragen, obwohl eine materielle Abhängigkeit im zweiten Fall genauso vorliegen kann, wie im ersten. Eine unterschiedliche Beurteilung aus der Beeinflussungsmöglichkeit abzuleiten, ohne einen konkreten Druck in eine Richtung vom Entscheidungsträger nachzuweisen, kann sich nur auf unzulässige Vermutungen stützen - Vermutungen zum Nachteil des betroffenen Mandanten.

2. Qualifikation des Rechtsanwaltes

a) Hohe Ansprüche an jeden Anwalt

Neben dem Verhältnis des Rechtsanwalts zum Mandanten kann die Qualifikation eines Beraters für die Vertrauenswürdigkeit der Auskunft mitmaßgeblich sein. Zwar werden an jeden Rechtsanwalt hohe Anforderungen hinsichtlich der Kenntnisse der neuesten Rechtsprechung und auch des Umfangs seines Wissens auf verschiedenen Gebieten gestellt ²⁾ (vgl. § 3 I BRAO). Anwälte werden haftungsrechtlich immer weiter in die Pflicht genommen ³⁾. Dem widerspricht es nicht, wenn bei der Prüfung der Vermeidbarkeit die Frage nach der Qualifikation des Anwaltes gestellt wird. Für die Vermeidbarkeit des Irrtums beim Betroffenen kann es nicht auf das Maß der objektiv bestehenden Kenntnisse des Anwaltes ankommen; entscheidend ist vielmehr, wie qualifiziert der Anwalt aus der Sicht des Fragenden erscheint.

1) Thomas, WuW 1974, 20, 27.

2) Borgmann/Haug, Anwaltspflicht und Anwaltshaftung, 1979, S.27; Rinsche, Die Haftung des Rechtsanwaltes und Notars, 3.Aufl. 1986, S.16; Scheffler, NJW 1961, 577, 580; Lammel, AcP 179 (1979), 337.

3) Grunewald, JZ 1982, 627, BGH, Urteil v. 18.1.72, NJW 1972, 678, Urteil v. 5.6.84, NJW 1985, 1897; Urteil v. 11.7.85, NJW 1985, 2941; Urteil v. 20.3.84, NJW 1985, 42.

Durch den falschen Rat hat der Anwalt in den relevanten Fällen gerade den Irrtum beim Betroffenen hervorgerufen oder bestätigt. Aus der Sicht ex post war er also nicht qualifiziert genug, dem Betroffenen die richtige Auskunft zu erteilen.

Da äußerst hohe Ansprüche an jeden Rechtsanwalt gestellt werden, müßte zwar jeder Anwalt auch kartellrechtliche Fragen beantworten können. Dennoch hätte der Betroffene nicht alles Mögliche getan, einen Irrtum zu vermeiden, wenn er unabhängig von den individuellen Fähigkeiten des Anwaltes Rat einholt. Erst die Auskunft des qualifizierten Juristen macht diese für den Mandanten verlässlich. Zwar stellen in der Regel Rechtsanwälte geeignete Auskunftspersonen dar, "angesichts der Fälle zu bearbeitender Rechtsgebiete und der sich hieraus ergebenden fortschreitenden Spezialisierung dieses Berufsstandes liegt es aber auf der Hand, daß die Annahme, jeder Rechtsanwalt könne ohne weiteres auf jedem Rechtsgebiet zutreffende und fundierte Auskünfte erteilen, wirklichkeitsfremd ist ¹⁾." Das Kammergericht will nicht allgemein nach dem Beruf des Befragten, sondern jeweils im Einzelfall entscheiden, ob eine erteilte Auskunft vertrauenswürdig ist ²⁾. Das ist sie, falls sie von der notwendigen kartellrechtlichen Sachkenntnis getragen ist und ihr auch zu entnehmen ist, daß sie auf einer sorgfältigen Prüfung der Rechtslage beruht ³⁾.

Wie ein Betroffener selbst die Qualifikation im Einzelfall angesichts fehlender offizieller Fachanwaltszeichnungen erkennen soll, wird nicht beantwortet ⁴⁾.

1) KG, Urteil v. 6.12.79, WuW/E OLG 2205, 2207 "Jeans". So auch Scheffler, NJW 1961, 577, 581.

2) Ebenso Fischötter, in: GK: Vorbem. Ordnungswidrigkeiten, Rdnr.39.

3) KG, Urteil v. 6.12.79, WuW/E OLG 2205, 2207 "Jeans".

4) Vgl. Beispiele bei Pastor, Das wettbewerbliche Unterlassungs- und Schadensersatzrecht, 1981, S.224 zum Juristen - namhaften Juristen - Fachjuristen.

Die Frage, ob der Anwalt selbst verpflichtet ist, dem Mandanten seine mangelnde Erfahrung zu offenbaren, ist bisher wenig erörtert worden. Den Anwalt treffen nämlich sehr weitgehende Pflichten, sich die erforderliche Gesetzeskenntnis zu verschaffen ¹⁾.

Er muß sich erforderlichenfalls zur Klärung eines übernommenen Falles in das Kartellrecht einarbeiten. Ein Anwalt mit einer normalen Beratungs- und Prozeßpraxis hat zwar die Möglichkeit, sich in der relevanten Rechtsmaterie Kenntnisse zu verschaffen. Gerade im Kartellrecht, in dem die Kasuistik wegen der normativen Tatbestandsmerkmale einen wichtigen Platz einnimmt, wird dies nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand möglich sein. Will der Rechtsanwalt deshalb die Übernahme des Mandats nicht ablehnen ²⁾, kann er ein Gutachten bei einem Rechtskundigen mit Spezialkenntnissen (z.B. einem Hochschullehrer) einholen ³⁾. Besteht der Mandant auf der Bearbeitung durch den Anwalt, obwohl dieser auf seine fehlenden Spezialkenntnisse verwiesen hat, so führt ein Fehler bei der Beratung immer zu einem vermeidbaren Verbotsirrtum.

b) Kartellrechtlich erfahrene Anwälte

Der Vereinsvorsitzende einer Brennstoffhändler-Vereinigung, der schriftliche Preisempfehlungen gegeben hatte, berief sich vor der Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen ⁴⁾

1) Borgmann/Haug, Anwaltspflichten, Anwaltshaftung, 1979, S.66; Rinsche, Die Haftung des Rechtsanwaltes und Notars, 3.Aufl. 1986, S.24.

2) Zur Ablehnung vgl.: Jessnitzer, Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 3.Aufl. 1985, § 44, Rdnr.1; Redeker (Hrsg.), Bundesrechtsanwaltsordnung mit aml.Begründung, 2.Aufl. 1973, S.93.

3) Vgl. KG, Beschluß v. 16.10.64, WuW/E OLG 709, 714 "Klinker".

4) Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen, Bescheid v. 8.3.67, WuW/E LKartB 115, 120.

auf einen Irrtum über Inhalt und Tragweite der kartellrechtlichen Bestimmungen. Da er sich jedoch jederzeit durch einen im Kartellrecht erfahrenen Anwalt hätte unterrichten lassen können, war der Irrtum vermeidbar.

Für den Betroffenen besteht das Problem festzustellen, ob der Anwalt kartellrechtlich erfahren ist. Dies ist besonders schwierig, da darauf abzustellen ist, welche Rechtsmeinung der Anwalt im Verhältnis zur Meinung des Bundeskartellamtes oder des Bundesgerichtshofes vertritt. Ein "kartellrechtlich erfahrener" hat keine von der Rechtsprechung abweichende Auffassung.

Deshalb darf ein Hersteller, der sich an einem Marktinformationsvertrag beteiligt (§ 1 i.V.m. § 38 I Nr.1 GWB) nicht dem Rat eines Anwaltes folgen, von dem er weiß, daß dieser im rechtswissenschaftlichen Schrifttum seit längerem einen Standpunkt vertritt, der der Meinung des Bundeskartellamtes entgegensteht ¹⁾. Vielmehr ist noch eine gutachtliche Prüfung der Sach- und Rechtsfragen durch einen im Kartellrecht erfahrenen Rechtsanwalt oder Rechtslehrer erforderlich.

Dem Betroffenen wird zugemutet, sich bei einem in Fragen des Kartellrechts Kundigen zu informieren ²⁾. Es genügt aber auch, wenn der Anwalt sich durch Rückfrage beim Bundeskartellamt für den speziellen Fall kartellrechtliche Kenntnisse verschafft ³⁾. Der Anwalt muß dies dem Mandanten mitteilen, damit dieser weiß, daß der Anwalt ihn im konkreten Fall qualifiziert beraten kann. Einen Unternehmensmitarbeiter intern zu bestellen, der sich nur mit kartellrechtlichen Angelegenheiten befassen soll, genügt

1) BKartA, Beschluß v. 14.5.71, WuW/E BKartA 1351, 1358. "Tubenhersteller".

2) OLG Stuttgart, Urteil v. 4.1.85, WuW/E OLG 3397 "Rheinische Dampfkraftwerke".

3) KG, Urteil v. 18.4.84, WuW/E OLG 3387, 3391. "Altölpreise".

noch nicht dem Sorgfaltsmaßstab ¹⁾. Ebensowenig wirkt es entschuldigend, wenn Volljuristen einen Artikel, in dem zum Boykott von Unternehmen aufgefordert wird, gegenlesen. Die zwei Volljuristen, die als Journalisten eingestellt worden waren, "verfügten offensichtlich nicht über eine ausreichende, der des Betroffenen überlegenen Rechtskenntnis" ²⁾. Hingegen leitete das Kammergericht aus den kartellrechtlichen Kenntnissen des Betroffenen, der als Hauptgeschäftsführer eines Wirtschaftsverbandes Einblick in kartellrechtliche Zusammenhänge hatte, die Vermeidbarkeit des Irrtums ab ³⁾.

Auch wenn das Kammergericht ausführt, daß der Betroffene kraft seiner rechtswissenschaftlichen Schulung als promovierter Jurist den Irrtum hätte erkennen können, sind als entscheidend für die Vorwerfbarkeit des Irrtums die Kenntnisse und Erfahrungen des Betroffenen zu werten, die dieser sich in seiner Tätigkeit als Hauptgeschäftsführer eines Wirtschaftsverbandes erworben hatte.

c) Entschuldigender Rat des qualifizierten Anwalts

Insbesondere in Fällen des unvermeidbaren Verbotsirrtums wird die Qualifikation und die Vertrauenswürdigkeit des Anwaltes hervorgehoben. Der Geschäftsführer einer Firma, die Ölbrenner vertreibt, hatte nach anwaltschaftlicher Beratung eine Liefersperre von Ersatzteilen für solche Firmen angedroht, die ausschließlich oder überwiegend neue Geräte von Konkurrenzunternehmen verkaufen. Das Gericht ging von einem sachlich gerechtfertigten Grund für die Liefersperre aus, nahm aber zusätzlich an, daß

1) BKartA, Beschluß v. 30.4.76, WuW/E BKartA 1679, 1680.

2) KG, Urteil v. 28.1.85, WuW/E OLG 3543, 3547 "Kon-taktlinsenpflegemittel".

3) KG, Beschluß v. 6.6.84, WuW/E OLG 3175, 3179 "Preis-anpassungsklausel".

der Betroffene in unverschuldetem Irrtum über das Bestehen oder die Anwendbarkeit einer rechtlichen Vorschrift die Handlung für erlaubt gehalten hatte ¹⁾.

Der Betroffene hatte nicht nur einen vorwiegend mit handelsrechtlichen Angelegenheiten befaßten Anwalt befragt, sondern auch einen äußerst vorsichtigen, sorgfältigen und überregional bekannten Fachmann auf dem Gebiet des Kartellrechts beigezogen, für dessen Ruf und Sachkunde u.a. seine langjährige Tätigkeit als Vizepräsident des Bundeskartellamtes sprachen.

So ausführlich hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf in seinem Urteil v.4.12.79 die Anforderungen an die Qualifikation des Anwaltes bei der Begründung des unverschuldeten Rechtsirrtums nicht dargestellt ²⁾.

Allkauf machte einen Schadensersatzanspruch gegen Nordmende nach § 35 I S.1 GWB geltend, da Nordmende die Fachabteilung von mehreren Allkauf-Häusern nicht mit Fernsehern beliefern wollte. Fraglich war, ob Allkauf von Nordmende abhängig war. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 21. Februar 1978 ³⁾, in der es die Abhängigkeit verneint hatte, wurde vom Bundesgerichtshof aufgehoben ⁴⁾. Daraufhin stellte das Oberlandesgericht zwar die Abhängigkeit fest, lehnte aber den Schadensersatzanspruch ab, da "der unverschuldete Rechtsirrtum die Fahrlässigkeit ausschließen kann". Der Betroffene hatte den fehlerhaften Rechtsstandpunkt bei fachkundiger und sorgfältiger Beratung ernsthaft vertreten können. Aus-

-
- 1) OLG Düsseldorf, Urteil v. 15.12.80, WuW/E OLG 2364, 2368 "Ölbrenner II", bestätigt durch Beschluß des BGH v. 26.5.81, WuW/E BGH 1891, 1894.
 - 2) OLG Düsseldorf, Urteil v. 4.12.79, WuW/E OLG 2167, 2171 "Nordmende Allkauf".
 - 3) OLG Düsseldorf, Urteil v. 21.2.78, WuW/E OLG 1913 "Nordmende Allkauf".
 - 4) BGH, Urteil v. 17.1.79, WuW/E BGH 1567 "Nordmende".

drücklich legte das Gericht die in den Entscheidungen des Bundesgerichtshofes, BGHZ 17, 266, 295 und BGHZ 27, 264, 273 gesetzten Maßstäbe zugrunde, in denen jeweils ein Schadensersatzanspruch aus § 1 UWG abgelehnt wurde, da noch keine höchstrichterliche Entscheidung zum Streitpunkt vorlag bzw. die Rechtsauffassung des Beklagten von namhaften Fachjuristen vertreten wurde.

Die vagen Formulierungen im Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf selbst, daß "die fehlerhafte Rechtsansicht aus der Sicht des Ratsuchenden vertretbar war", da "der Rechtsstandpunkt bei fachkundiger und sorgfältiger Beratung ernsthaft vertreten werden konnte", findet sich in keinem anderen Urteil. Hierdurch kommt aber nichts anderes zum Ausdruck, als daß der Betroffene alles Nötige getan hatte, einen Irrtum zu vermeiden und deshalb nach Ansicht des Oberlandesgerichts Düsseldorf, wie dieses in seiner ersten Entscheidung der Ansicht sein durfte, daß keine Abhängigkeit zwischen Nordmende und Allkauf besteht.

Wie in obiger Entscheidung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 17, 266, 295), lehnte das Oberlandesgericht Karlsruhe ¹⁾ einen Schadensersatzanspruch (§ 35 I S.1 GWB) ab, da dem Beklagten kein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden konnte, da er nach dem Rat seines sachkundigen Anwalts gehandelt hatte.

d) Schlüssiger Vortrag der Qualifikation

Die Bedeutung der Qualifikation der Auskunftsperson hebt das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 21. November 1978 ²⁾ hervor.

1) OLG Karlsruhe, Urteil v. 26.6.85, WuW/E OLG 3508, 3513 "Allkauf Saba".

2) WuW/E OLG 2015 "Marktintern".

Im Verlag der Beklagten erschien ein Informationsdienst, der zu einer Denkmittel-Aktion gegen Hersteller aufrief, die bestimmten Abnehmern besondere Rabatte einräumten. Die Beklagte stellte ihr Vorbringen, sie habe sich von einem Juristen beraten lassen und deshalb in unverschuldetem Verbotsirrtum gehandelt, vergeblich unter Beweis. Das Oberlandesgericht Düsseldorf war dem Vorbringen nicht nachgegangen und verurteilte den Beklagten zum Schadensersatz.

Der angerufene Bundesgerichtshof bestätigte das Urteil ¹⁾. Der Vortrag der Beklagten sei nicht schlüssig gewesen, deshalb hätte das Oberlandesgericht zu Recht nicht Beweis erhoben. Der Vortrag gehe nur dahin, daß die Beklagte über einen die Presseerzeugnisse kontrollierenden Juristen verfüge. "Welcher Art diese Kontrollbefugnisse und Möglichkeiten waren, ist ebensowenig dargestellt, wie seine besondere Qualifikation zur erschöpfenden und zutreffenden Beurteilung presse- und wettbewerbsrechtlicher Tatbestände...."

Die besonderen Kenntnisse der Auskunftsperson im Kartellrecht sind darzustellen.

Dies hatten auch die Betroffenen nicht getan, die sich zu einer "Mutter-Exportkontor Gesellschaft deutscher Butter-Exporteure GmbH & Co. KG" zusammengeschlossen hatten. Ein Paragraph des Gründungsvertrages hatte wettbewerbsbeschränkende Wirkung und erfüllte den Tatbestand des § 1 I S.1 GWB. Da die vertretungsberechtigten Organe der Betroffenen sich an die Vereinbarung hielten, hatten sie sich über die Unwirksamkeit hinweggesetzt (§ 38 I Nr.1 GWB). Sie beriefen sich auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum, da ein Notar den Gesellschaftsvertrag, in dem die Vereinbarung enthalten war, beurkundet hatte.

1) BGH, Urteil v. 13.11.79, WuW/E BGH 1666, 1669
"Denkmittel Aktion".

Auch hier lag ein unschlüssiger Vortrag vor, "da der Notar mit speziellen Fragen des Kartellrechts nicht vertraut zu sein braucht. Er soll die Beurkundung ablehnen, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar ist, insbesondere wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden ¹⁾." Aus den Entscheidungen läßt sich zwar nicht ableiten, wie qualifiziert der Befragte sein muß, aber sie unterstreichen die Notwendigkeit, auf die besonderen Kenntnisse der Auskunftsperson im Kartellrecht hinzuweisen. Die Darstellung der fachlichen Kompetenz des Beraters ist danach zusätzlich zum schlüssigen Vortrag des Betroffenen, er habe den Irrtum nicht vermeiden können, erforderlich. Dies steht jedoch im Widerspruch zu Entscheidungen, in denen ein unvermeidbarer Verbotsirrtum bejaht wurde, ohne daß der Betroffene von einem Fachanwalt beraten wurde ²⁾.

Bei näherer Betrachtung dieser Urteile zeigt sich, daß ihnen außergewöhnliche Sachverhalte zugrundelagen. Entweder hatte der Betroffene schon keinen Anlaß zur Nachprüfung ³⁾, die Ausführungen zum Verbotsirrtum waren als obiter dictum nicht entscheidungserheblich ⁴⁾, oder der Anwalt hatte sich beim Bundeskartellamt erkundigt ⁵⁾.

Somit ist die Berufung auf einen Rechtsanwalt im Rahmen eines Verbotsirrtums irrelevant, wenn nicht gleichzeitig vom Betroffenen vorgetragen wird, warum er den Befragten

1) BKartA, Beschluß v. 16.2.72, WuW/E BKartA 1389 "Butter Exportkontor".

2) KG, Urteil v. 12.11.71, WuW/E OLG 1219 "Ölfeldrohre", bestätigt in BGH, Beschluß v. 12.7.73, WuW/E BGH 1276; KG, Beschluß v. 29.1.65, WuW/E OLG 717 "Nidrigpreise"; KG, Urteil v. 12.1.80, WuW/E OLG 2321 "Luftfotographie"; KG, Urteil v. 18.4.84, WuW/E OLG 3387, 3391 "Altölpreise".

3) KG, Urteil v. 12.6.80 (wie Fn.2).

4) KG, Urteil v. 12.11.71 (wie Fn.2); KG, Urteil v. 29.1.65 (wie Fn.2).

5) KG, Urteil v. 18.4.84 (wie Fn.2).

gerade im Kartellrecht für kompetent hält.

e) Vermeidbarer Irrtum trotz qualifizierter Beratung

Mit der Befragung eines qualifizierten Anwaltes hat der Täter aber noch nicht alles getan, um einen Irrtum zu vermeiden. Der Irrtum der Geschäftsführer von Ziegelunternehmen, daß ihre Kartellvereinbarung nicht unter § 1 I S.1 GWB falle, war vermeidbar, obwohl sie bei der Auswahl der Auskunftsperson sorgfältig vorgegangen waren ¹⁾. Da ein Spezialgebiet, das Kartellrecht, zu beurteilen war, hatten sie den Rat eines auf dem betreffenden Gebiet erfahrenen Anwaltes eingeholt. Den Geschäftsführern oblag aber eine besondere Nachprüfungspflicht, der sie nicht nachgekommen waren (vgl. 3. Teil, I, 6). Auch das Kammergericht zweifelte im Urteil vom 16. März 1984 nicht an der Kompetenz der befragten Anwälte und nahm dennoch einen vermeidbaren Verbotsirrtum für die Betroffenen an, die dem Rat des Anwaltes folgten ²⁾. Die Betroffenen hatten sich mit dem Rechtsgutachten nicht in gebotenem Umfang auseinandergesetzt. Sonst hätten sie entdeckt, daß der Anwalt in einem wichtigen Punkt eine vom Bundesgerichtshof abweichende Rechtsansicht vertrat.

Nachdem das Oberlandesgericht Düsseldorf ³⁾ die Abhängigkeit im Sinne von § 26 II GWB der Allkauf vom Lieferanten Nordmende festgestellt hatte, versuchte Allkauf Warenbestellungen bei Nordmende aufzugeben. Nordmende lehnte die Entgegennahme dieser Bestellschreiben ab. Gegen den Ver-

-
- 1) KG, Beschluß v. 16.10.64, WuW/E OLG 709, 714, bestätigt im Beschluß des BGH v. 27.1.66, WuW/E BGH 727, 733.
 - 2) KG, Urteil v. 16.3.84, WuW/E OLG 3169 "Nordmende", bestätigt im Beschluß des BGH v. 23.4.85, WuW/E BGH 2145.
 - 3) OLG Düsseldorf, Urteil v. 4.12.79, WuW/E OLG 2167, 2171; Zurückweisung der Revision im BGH-Beschluß v. 14.7.80.

triebsleiter und Gesamtprokuristen der nebenbetroffenen Firma Nordmende, der im Vertriebsbereich mit eigenen Entscheidungsbefugnissen versehen war, verhängte das Bundeskartellamt wegen vorsätzlicher Zuwiderhandlung gegen das Diskriminierungsverbot des § 26 II i.V.m. § 38 I Nr.8 GWB, § 9 II S.1 OWiG eine Geldbuß von 30.000.-- DM ¹⁾. Das Kammergericht, das ohne jede Bindung an den Bußgeldbescheid auf einen Einspruch hin den Vorwurf neu prüfte, entschied wie das Bundeskartellamt. "Trotz der in Anspruch genommenen und befolgten Rechtsberatung durch fachkundige Rechtsanwälte handelte er (der Geschäftsführer) nicht in einem entschuldbaren Verbotssirrtum ²⁾." Das Gericht glaubte dem Betroffenen zwar, daß er den Rechtsauskünften der von ihm zu Rate gezogenen Fachanwälte vertraut hatte, er hätte jedoch aufgrund der Rechtsauskünfte nicht die Lieferung verweigern dürfen, da Tatsachen, die dem Betroffenen bekannt waren, nicht gegen, sondern für eine Lieferverpflichtung der Nebenbetroffenen sprachen. "Unter diesen Umständen hätte der Betroffene ... trotz der Beratung durch Fachanwälte erkennen können und müssen, daß die durchgeführte Lieferverweigerung eine verbotene Diskriminierung der Allkauf-Fachabteilung war ³⁾."

f) Zusammenfassung

Entsprechend der Vielzahl der möglichen kartellrechtlichen Sachverhaltskonstellationen läßt sich die besondere Qualifikation des Beraters als unabdingbare Voraussetzung für

1) BKartA, Bescheid v. 1.2.83, unveröffentlicht.

2) KG, Urteil v. 16.3.84, WuW/E OLG 3169, 3172.

3) KG, Urteil v. 16.3.84, WuW/E OLG 3169, 3172
"Nordmende".

einen unvermeidbaren Verbotsirrtum bezeichnen. Falls der Mandant nicht aus anderen Gründen seinem Anwalt vertrauen darf (langjährige Beratung o.ä.), muß er sich der besonderen kartellrechtlichen Qualifikation versichern. Der Ratsuchende muß sich um einen Anwalt bemühen, der auch schon kartellrechtliche Erfahrungen gesammelt hat. Hierfür bietet sich nicht nur der Rechtsanwalt an, sondern auch ein Hochschullehrer. Andere Personen kommen grundsätzlich nicht in Frage.

Wegen dieses Zulassungserfordernisses der Rechtsanwälte (§ 8 I BRAO) besteht eine Vermutung für den Mandanten, daß "es sich bei seinem Anwalt um einen ordentlichen Vertreter" seines Faches handelt ¹⁾, dies genügt für die Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums im Kartellrecht jedoch nicht.

Beruft sich der rechtswidrig Handelnde auf einen Verbotsirrtum, muß er, um überhaupt die Unvermeidbarkeit schlüssig darzustellen, die besonderen kartellrechtlichen Kenntnisse des Anwaltes vortragen.

Hat der Betroffene sich nicht der kartellrechtlichen Qualifikation seines Rechtsanwaltes versichert, kann auf ihn die Notwendigkeit zukommen, einen zweiten Rechtsanwalt zuzuziehen.

Insbesondere bei der Beurteilung eines Spezialgebietes muß der Rat eines auf dem Gebiet erfahrenen Anwalts eingeholt werden, während auch bei schwierigen Rechtsfragen aus häufig vorkommenden Rechtsbereichen der Rat eines jeden Anwaltes genügt.

Ein Problem bringt die Betonung der besonderen Qualifikation und Erfahrung des Anwaltes für Berufsanfänger mit sich. Ihnen wird der Zugang zu lukrativen und interessanten Fällen verwehrt, auch wenn sie sich in der Ausbildung be-

1) Schultz/Süchting, GRUR 1974, 432.

sonders mit kartellrechtlichen Problemen vertraut gemacht haben. Durch die Betonung kartellrechtlicher Erfahrung in der Rechtsprechung tritt eine abschottende Wirkung zugunsten der etablierten Kanzleien ein.

Obwohl keine Bezeichnung "Fachanwälte für Kartellrecht" verwendet werden darf, hat der ratsuchende Mandant keine Probleme, erfahrene Berater zu finden, z.B. durch Fachverbände oder Handelskammern. Dennoch kann er auch dem Rat des erfahrenen Anwalts nicht ohne weiteres folgen ¹⁾.

3. Vorgehensweise bei der Beratung

Neben der Qualität des Rechtsbeistandes stellt die Rechtsprechung auch Anforderungen an die Art und Weise des Kontaktes zwischen dem betroffenen Mandanten und seinem Anwalt. Es soll versucht werden, einige Grundsätze für das Vorgehen beim Einholen der Rechtsauskünfte herauszuarbeiten.

a) Auftrag und Bearbeitungszeit

Wendet sich ein Mandant an einen Rechtsanwalt zur Überprüfung einer Handlung auf ihre Rechtmäßigkeit hin, muß der Anwalt jede Möglichkeit bedenken und auch unter kartellrechtlichen Aspekten prüfen ²⁾.

Soll ein Notar einen Gesellschaftsvertrag beurkunden, so ist er zu beauftragen, den Vertrag speziell unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen ³⁾, wenn der Betroffene das Risiko einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung vermeiden will. Hat der Täter selbst keinen Anwalt

1) Vgl. BGH, Beschluß v. 17.1.66, WuW/E BGH 727, 733 "Klinker".

2) BGH, DRiZ 1960, 360.

3) BKartA, Beschluß v. 16.2.72, WuW/E BKartA 1389
"Butter Exportkontor".

beauftragt, erhält er aber dennoch einen Rechtsrat hinsichtlich der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens, so kann er sich nur auf diesen Rat stützen, falls sich aus ihm ergibt, daß der Anwalt auch kartellrechtliche Überlegungen angestellt hat ¹⁾. Nach der Beauftragung muß der Mandant dem Anwalt genügend Zeit geben, sich in die Problematik einzuarbeiten und das Gutachten zu erstellen. Steht fest, daß der Rat aufgrund kurzer Bearbeitungszeit zustandegekommen ist - die Stellungnahme gleichsam aus dem Stegreif abgegeben wurde, darf sich der Mandant nicht auf sie verlassen, sondern muß weitere Anstrengungen unternehmen ²⁾. Nur eine rechtzeitig eingeholte Auskunft kann den Betroffenen entlasten ³⁾.

b) Äußere Form

Auch hinsichtlich der Art der Bearbeitung des Falles und der äußeren Präsentation stellt das Kammergericht Anforderungen ⁴⁾. Zwar ist die angemessene Darstellung und die Verdeutlichung der Probleme Aufgabe des Anwaltes, aber der Mandant muß auf eine äußere Form der Präsentation des Rates drängen, die diesen für ihn verständlich und nachvollziehbar macht.

Der Vertriebsdirektor eines Herstellers von Jeans und Freizeitkleidung hatte durch ein Rundschreiben seinen Abnehmern eine Liefersperre angedroht. Diese sollten gezwungen werden, ein einheitliches Preisniveau beim Weiter-

1) KG, Beschluß v. 29.4.66; Az: KartB 2/66, unveröffentlicht.

2) KG Berlin, Beschluß v. 6.12.79, WuW/E OLG 2205, 2207 "Jeans".

3) BGH, Beschluß v. 27.1.66, WuW/E BGH 726, 733 "Klinker".

4) KG Berlin, Urteil v. 6.12.74, WuW/E OLG 2205, 2207 "Jeans".

verkauf zu wahren (§§ 15, 25 II, 38 I Nr.8 GWB). Das Rundschreiben war einem Rechtsanwalt vorgelegt worden, der fernmündlich durch Korrektur an dem Rundschreiben konkludent seine Auskunft erteilte. Ein derart lapidarer Hinweis war nicht vertrauenswürdig, der Betroffene hätte sich nicht mit ihm begnügen dürfen. Er hätte eine ausführliche Darstellung verlangen müssen, aus der für ihn erkennbar geworden wäre, daß der Anwalt sich mit der Problematik der zu entscheidenden Rechtsfrage intensiv auseinandergesetzt hatte und das Für und Wider sorgfältig gegeneinander abgewogen hatte. Der Betroffene muß sich davon überzeugen, daß der Anwalt "nach bestem Wissen und unter Einsatz aller aktueller Fähigkeiten" ¹⁾ Auskunft gegeben hatte. Dies konnte im vorliegenden Fall nur durch eine sorgfältige in einem schriftlichen Gutachten dargestellte Prüfung des vorgelegten Rundschreibens geschehen.

c) Tatsachenermittlung

Auch wenn die äußere Form der Auskunft den Anforderungen entspricht, kann diese nur vertrauenswürdig und verlässlich sein, wenn der Anwalt den Sachverhalt voll erfaßt und seinen Rechtsausführungen zugrundegelegt hat. Hierbei ist ebenfalls der Betroffene wie der Anwalt gefordert. Der Mandant kann sich nur auf den Rat des Anwaltes verlassen, wenn er diesem umfassende Informationen gegeben hat und die tatsächlichen Verhältnisse richtig dargestellt hat ²⁾. Über seine eigene Sphäre müssen die Auskünfte vom Betroffenen korrekt erteilt werden. Wenn es allerdings für den Betroffenen nicht erkennbar ist, welche Auskünfte für die Durchführung der Aufgabe des Anwaltes erforderlich sind, müssen die Angaben nur

1) KG, Urteil v. 6.12.74, WuW/E OLG 2205, 2207 "Jeans".

2) KG, Urteil v. 16.3.84, WuW/E OLG 3169 "Nordmende".

auf dessen Erkundigung hin erfolgen ¹⁾. Der Rechtsanwalt muß dann seinen Auftraggeber befragen und die Punkte klären, auf die es für die rechtliche Beurteilung ankommen kann. Den Anwalt treffen dabei weitgehende Pflichten, durch die richtigen Fragen an seinen Auftraggeber die tatsächlichen Grundlagen für eine zutreffende Beurteilung ans Licht zu bringen, d.h. die Informationen, die er für eine umfassende Beratung braucht ²⁾. Aus der Pflicht des Rechtsanwaltes, sich mit dem Sachverhalt auf eigene Initiative hin vertraut zu machen, läßt sich jedoch noch kein Schluß auf eine geringere Sorgfaltspflicht des Mandanten im Rahmen der Vermeidbarkeitsprüfung ziehen. Auch wenn der Anwalt seine Sorgfaltspflicht verletzt und seinem Rat nicht die tatsächlichen Gegebenheiten zugrundegelegt hat, wird die Vermeidbarkeit für den Betroffenen unabhängig davon bewertet.

Der Mandant hat zwar gegenüber dem Berater einen Vertrauensschutz, der einen Schadensersatzanspruch begründen kann ³⁾, ein Verbotsirrtum ist aber nur unvermeidbar, wenn der Mandant auch die weitergehenden Anforderungen erfüllt hat.

Weiß der Mandant von Tatsachen, die der Rechtsanwalt bei seinen Überlegungen nicht berücksichtigt hat, so ist ein Verbotsirrtum vermeidbar, da der Betroffene sich darüber klar sein muß, daß sein Verhalten nicht von der Auskunft des Anwaltes abhängen darf, sondern primär von den tatsächlichen Verhältnissen ⁴⁾.

1) Grunewald, JZ 1982, 627, 632; Rinsche, Die Haftung des Rechtsanwalts und Notars, 3.Aufl. 1986, Rdnr.I 29.

2) BGH, Urteil v. 21.11.60, NJW 1961, 601, 602; Urteil v. 15.1.85, NJW 1985, 1154; Scheffler, NJW 1961, 577.

3) Grunewald, JZ 1982, 627, 635 m.w.Nachw.; so schon RG, Urteil v. 2.6.1911.

4) KG, Urteil v. 16.3.84, WuW/E OLG 3169, z.T. nicht veröffentlicht.

Die Pflicht des Mandanten zur Darstellung des Sachverhalts erstreckt sich nicht nur auf die äußeren Fakten, sondern auch auf das vom Mandanten bezweckte Ziel und seine zugrundeliegende Intention. Der Vertriebsleiter einer Textilherstellungsfirma forderte in einem Rundschreiben die Abnehmer der Produkte auf, sich bei der Weiterveräußerung an die in der Textelbranche üblichen Handelsspannen zu halten. Der Betroffene hatte damit vorwerfbar gegen §§ 38 I Nr.8, 25 II, 15 GWB verstoßen.

Der Verbotsirrtum war vermeidbar, da er das Rundschreiben nach seinem eigenen Bekunden den Rechtsanwälten ohne nähere Erläuterung vorgelegt hatte. Der Betroffene hätte den Anwälten den "wirtschaftlichen Hintergrund und die eigentliche Zielsetzung des Rundschreibens im einzelnen darlegen und mit ihnen die Problematik auch näher erörtern müssen" ¹⁾. Jeder Mandant muß wissen, daß er sich auf den Rat seiner Anwälte nicht verlassen kann, wenn er diesen den Sachverhalt falsch dargestellt hat.

Deshalb nutzte dem Betroffenen die Bestätigung seiner Fachanwälte rechtmäßig zu handeln, nichts. Nach Überzeugung des Gerichtes hatte er die Anwälte mit unzutreffenden Informationen versorgt ²⁾.

Er hätte erkennen können und müssen, daß das ihm angeratene Handeln nicht rechtens war. Daß der Betroffene den Fachanwälten falsche tatsächlich Angaben gemacht hatte, folgte das Kammergericht nach Ansicht des Bundesgerichtshofes "rechtsfehlerfrei" ³⁾ aus dem Verhalten des Betroffenen in der Hauptversammlung, in der auch Angaben zu den tatsächlichen Gegebenheiten und Umständen machte, die

1) BKartA, Beschluß v. 28.9.78, Az: B 2-641130-V-209/77, WuW/E BKartA 63, zitierter Teil nicht veröffentlicht.

2) KG, Urteil v. 16.3.84, WuW/E OLG 3169, 3172 "Nordmende".

3) BGH, Beschluß v. 23.4.85, WuW/E BGH, 2145.

durch die Beweisaufnahme widerlegt wurden. Das Gericht machte sich nicht die Mühe festzustellen, ob der Mandant bewußt oder unbewußt den Anwalt mit falschem Material versorgt hatte. Wenn es darauf bei der Vermeidbarkeitsprüfung im Ergebnis also nicht ankommt, treffen den Mandanten nicht nur umfassende Pflichten bei der Auswahl des Anwaltes, sondern auch bei der Zusammenstellung der tatsächlichen Fakten.

d) Art und Weise der Beratung

Von ebenso großer Bedeutung wie die Qualifikation des Rechtsbeistandes ist die Art, wie der Anwalt seinen Rechtsstandpunkt dem Mandanten vermittelt.

Die bloße Inempfangnahme des Rates genügt ebensowenig wie bei einem erstellten Gutachten nur das Ergebnis zu beachten. Der Betroffene muß sich erläutern lassen, auf welcher Grundlage und warum der Anwalt zu seinem Ergebnis gekommen ist. Falls Entscheidungen vorliegen, muß er sich auch die Spruchpraxis des Bundesgerichtshofes darstellen lassen.

Verkennt der Anwalt wesentliche Unterschiede des Sachverhaltes zu den herangezogenen Fällen des Bundesgerichtshofes oder anderen Gerichten, so kann dies einem juristisch nicht vorgebildeten Betroffenen nicht angelastet werden ¹⁾. Daß der Mandant rechtlich relevante, geringe Unterschiede, wie die Bedeutung des Konkurrenz Gesichtspunktes in der Interessenabwägung anhand der erforderlichen Erläuterungen durch den Anwalt entdecken kann, ist kaum wahrscheinlich. Dennoch wird die Auseinandersetzung mit dem erteilten Rat gefordert. Hier zeigt sich eine für die Rechtssicherheit begrüßenswerte Formalisierung, die nachvollziehbare

1) BGH, Beschluß v. 26.5.81, WuW/E BGH 1891, 1894
"Ölbrenner II".

Maßstäbe setzt. Ob diese Maßstäbe zu hoch angesetzt und damit in der Praxis kaum realisierbar sind, ist eine weitere Frage, die jedoch nur für jeden Einzelfall entschieden werden kann.

Nach der Erstellung eines Gutachtens ist der Anwalt im Interesse des Mandanten weiter gefordert. Mit der Entgegennahme des Gutachtens ist es auch für den Auftraggeber noch nicht getan. Er muß Zusammenkünfte mit dem Anwalt einrichten und dabei das Gutachten durchsprechen ¹⁾, bzw. wenigstens die gutachtlichen Äußerungen persönlich einsehen ²⁾.

Diese Pflicht trifft aber nur die Geschäftsführer einer Firma, die sich wegen ihrer kaufmännischen Stellung und Verantwortlichkeit mit den Rechtsfragen sehr eingehend befassen müssen. Anderen Betroffenen, die zwar Mitbesitzer der Firma oder an ihr finanziell beteiligt sind, aber selbst keine kaufmännische Tätigkeit im Betrieb ausüben, ist es nicht zuzumuten, den Betrieb betreffende, umfangreiche juristische Schreiben gründlich zu studieren. Dasselbe gilt für Betroffene, die aufgrund ihres hohen Alters nicht mehr in der Lage sind, Kontrollfunktionen wahrzunehmen ³⁾. Den Einwand, daß die verpflichteten Geschäftsführer auch nach dem Durcharbeiten des Gutachtens nicht zu einem anderen Standpunkt hätten kommen können, begegnet der Bundesgerichtshof mit einem Argument, welches den formalen Charakter der Prüfung herausstellt. Es könne nämlich dahingestellt bleiben, ob die Betroffenen das Gutachten tatsächlich hätten einsehen müssen. Jeden-

1) BGH, Beschluß v. 27.1.66, WuW/E BGH 707, 709 "Klinker".

2) KG, Beschluß v. 16.10.64, WuW/E OLG 209, 214 "Klinker"; das bestätigende Urteil Fn.1 stellt nur noch auf die erforderliche Zusammenkunft ab.

3) KG, aaO., Fn.2.

falls hätten sie sich das von einem Spezialisten erstellte Gutachten von ihrem ständig beratenden Rechtsanwalt erläutern lassen müssen ¹⁾. Diese Erläuterungspflicht trifft ebenfalls wieder nicht alle Betroffenen, sondern nur die in der Geschäftsführung Tätigen. Andere, an der Firma finanziell Beteiligte (Landwirte oder Hausfrauen), können sich auf die Äußerungen der verantwortlichen Geschäftsführer verlassen, daß sie anwaltschaftlichen Rat eingeholt hätten und alles in Ordnung sei. Wenn allerdings ein besonderer Anlaß besteht, den verantwortlichen Geschäftsführern zu mißtrauen, müssen auch jene Kontrollpflichten wahrnehmen.

Da das Oberlandesgericht Düsseldorf die Anforderungen an die Darstellung der genauen Umstände der Rechtsberatung im Urteil unterschätzt hatte, wurde das Urteil ²⁾ vom Bundesgerichtshof aufgehoben. Die Annahme eines nicht vermeidbaren Verbotsirrtums fand in den Urteilsfeststellungen des Oberlandesgerichtes keine hinreichende Stütze. "Es ist lediglich festgestellt, daß der Betroffene sich nach anwaltschaftlicher Beratung zu einer Liefersperre entschlossen hat. Nähere Angaben über Art und Umfang dieser Beratung, z.B. darüber, welche sachlichen Informationen der Betroffene dem Anwalt erteilte, welche Frage er diesem stellte und wie diese beantwortet wurden, fehlt ³⁾."

Zur Feststellung, daß eine anwaltschaftliche Beratung einen nicht vermeidbaren Verbotsirrtum verursacht hat, muß der Betroffene genau vortragen, wie die Beratung abgelaufen ist. Nach der Aufhebung und Zurückverweisung lehnte das Oberlandesgericht Düsseldorf das Vorliegen einer

1) BGH, Beschluß v. 27.1.66, WuW/E BGH 727, 733.

2) OLG Düsseldorf, Urteil v. 28.8.79, WuW/E OLG 2163, 2166.

3) BGH, Beschluß v. 12.2.80, WuW/E BGH 1729, 1732.

Ordnungswidrigkeit erneut ab. Hinsichtlich der Vermeidbarkeitsprüfung führte es näher aus, daß der Rechtsrat in wiederholten und eindringlichen Besprechungen erteilt worden war. Es wurde festgehalten, daß der Anwalt dabei den Betroffenen in Tatbestand und Entscheidungsgründe eines Beschlusses des Bundesgerichtshofes ¹⁾ eingeführt hatte. Aus dieser Entscheidung hatte der Anwalt gefolgert, daß der Bundesgerichtshof das geplante Vorgehen, eine Liefersperre gegen solche Unternehmen, die an die Konkurrenz gebunden sind oder diesen Eindruck erwecken, geradezu gutgeheißen habe. Die gegen dieses oberlandesgerichtliche Urteil erneut erhobene Rechtsbeschwerde des Generalstaatsanwaltes hatte keinen Erfolg.

Die Ausführungen des Oberlandesgerichts zum objektiven Tatbestand des § 38 I Nr.8, 26 II GWB waren nicht frei von Rechtsfehlern ²⁾. Der Bundesgerichtshof hielt das Urteil jedoch mit der vom Oberlandesgericht nur hilfsweise gegebenen Begründung des unvermeidbaren Verbotsirrtums aufrecht. Die Ausführungen des Oberlandesgerichtes genügten den Anforderungen, da sich aus ihnen ergab, daß und wie sich der Betroffene vor der Anordnung der Liefersperre über die Rechtslage informiert hatte. Die Darstellung der mehrmaligen Zusammenkünfte und der Erläuterung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen anhand einzelner Gerichtsurteile stellten den unvermeidbaren Verbotsirrtum für den Bundesgerichtshof nachvollziehbar dar. Der Maßstab, den der Bundesgerichtshof an die Darstellung der Beratung anlegt, gibt auch Aufschluß über die Anforderungen an die Umstände der Beratung selbst. Der Bundesgerichtshof folgte dem Oberlandesgericht im Ergebnis mit der Feststellung der Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums.

1) BGH, Beschluß v. 22.10.73, WuW/E BGH 1288 "EDV Ersatzteile".

2) BGH, Beschluß v. 26.5.81, WuW/E BGH 1891 "Ölbrenner II".

e) Zusammenfassung

Die Bedeutung der Umstände der Rechtsberatung wird bei der Erkundigung oft nicht genügend beachtet. Aber auch wenn eine Auseinandersetzung mit dem Rat des Anwaltes durch den Mandanten stattgefunden hat, wird dies im Ordnungswidrigkeitsverfahren nicht ausreichend dargestellt. Für den schlüssigen Vortrag des unvermeidbaren Rechtswidrigkeitsirrtums ist die Darstellung der Umstände der Beratung (Beauftragung, Tatsachenmaterial, Durcharbeiten des Gutachtens) erforderlich.

Erst der Ablauf der Beratung offenbart, wie intensiv sich der Betroffene mit dem Material auseinandergesetzt hat, und ob er sich auch bemüht hat, im Bereich des rechtlich Erlaubten zu bleiben ¹⁾. Selbst wenn die Rechtsmaterie, wie z.B. bei der Interessenabwägung im Rahmen des § 26 II GWB, sehr kompliziert und für einen Laien unverständlich erscheinen mag, muß dennoch zu erkennen sein, daß der Betroffene sich bemüht hat, die Rechtslage zu verstehen und sich nicht nur mit dem Ergebnis des Gutachtens zufrieden gegeben hat.

Gerade bei einer Beratung durch die eigene Rechtsabteilung muß auf die Darstellung der Beratungsumstände besonders hingewiesen werden. Die Entscheidungsbildung bei dem Betroffenen, sowie der Einfluß des Anwaltes müssen offengelegt werden. Allein den Rat der Rechtsabteilung darzustellen, genügt nicht.

Durch den Vortrag der Beratungsumstände und der Anstrengungen des Entscheidungsträgers begegnet die Firma dem

1) Ebenso ausdrücklich OLG Frankfurt, Urteil v. 3.6.69, JZ 1969, 605, 606: "Dabei kommt es letztlich gar nicht darauf an, welchen Rat der vom Antragsgegner befragte Rechtsanwalt ihm erteilt hat." Der Betroffene hatte sich selbst zu wenig mit der Rechtsfrage auseinandergesetzt.

Vorwurf nur ihre wirtschaftlichen Interessen durchsetzen zu wollen und den Rat der Rechtsabteilung als Deckblatt zu benutzen.

Am besten wird die Rechtslage anhand von Entscheidungen des Bundesgerichtshofes dargestellt, da diese eine umfassende Autorität besitzen (s. unten). Gefordert sind hier der Anwalt und sein Mandant persönlich, welcher letztendlich die Entscheidung zum Handeln selbst fällen muß.

4. Erhöhte Anforderungen an die Prüfungspflicht

a) Besonderer Anlaß erforderlich

In besonders gelagerten Fällen ist der Betroffene in erhöhtem Maße verpflichtet zu überprüfen, ob sein Tun erlaubt ist ¹⁾. Dies ist der Fall, wenn es für den Betroffenen verständliche Hinweise gibt, daß sein Handeln rechtswidrig sein könnte. Er muß dann eine besonders kritische Überprüfung der Rechtslage vornehmen. Zu unterscheiden sind diese Fälle von Situationen, in denen die Form der Auskunft nicht den angesprochenen Erfordernissen entspricht. Dann liegt zwar ebenfalls ein vermeidbarer Verbotssirrtum vor. Die Auskunft ist aber für den Betroffenen als Ganzes nicht vertrauenswürdig, während bei einem besonderen Anlaß bisherige Ermittlungen vertrauenswürdig sind, aber nicht den weitergehenden Sorgfaltspflichten entsprechen.

In Situationen, in denen der Betroffene schon Rechtsrat eingeholt hat, sind weitere Erkundigungen erforderlich, wenn die Auskunft für den Mandanten erkennbar widersprüchlich ist und im Gegensatz zu schon vorhandenen

1) Vgl. für das Warenzeichenrecht, BGH, Beschluß v. 5.11.62, GRUR 1963, 255, 258.

Kenntnissen des Betroffenen steht.

So wie der Anlaß für Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Handelns erforderlich ist, um überhaupt in die Prüfung einzutreten, wird von der Rechtsprechung ein erhöhter Maßstab an die Vermeidbarkeitsprüfung angelegt, falls Hinweise während der Nachprüfung auftauchen oder auch schon bestanden, die auf die Rechtswidrigkeit hindeuten. Dieser besondere Hinweis kann derselbe sein, wie der für den Betroffenen bereits genannte Anlaß zur Prüfung der Rechtslage. Das Kammergericht hatte im Fall eines vermeidbaren Verbotsirrtums wegen der Kenntnis des Betroffenen von den einschlägigen kartellrechtlichen Vorschriften angenommen, daß er "zu einer besonders sorgfältigen Prüfung verpflichtet sei" ¹⁾. Weitere Umstände, die den Betroffenen zu einer intensiven Überprüfung der Rechtslage anhalten müssen, hat das Bundeskartellamt aufgeführt ²⁾.

Der Betroffene zu 2), Leiter eines Unternehmens der Brot- und Backwarenindustrie, hätte sich wegen der besonderen Umstände des Falles nicht auf die Rechtsauffassung des Anwaltes verlassen dürfen, sondern sich um eine sorgfältige weitere Prüfung bemühen müssen. Er handelte nach Ansicht des Bundeskartellamtes ³⁾ ordnungswidrig, da er in der Zeit zwischen dem Wirksamwerden (15.2.1975) der Entscheidung des Bundeskartellamtes vom 25. November 1974 ⁴⁾ über die mißbräuchliche Handhabung von Preisempfehlungen und dem Ende der gewährten Aufbrauchsfrist für vorhandenes Verpackungsmaterial, Preisaufkleber mit unverbindlichen Preisempfehlungen verwenden ließ. Dies war nicht mehr

1) KG, Urteil v. 2.12.77, WuW/O OLG 1965, 1966 "Interfunk".

2) BKartA, Beschluß v. 20.8.75, WuW/E BKartA 1586, 1588 "Preis-aufkleber".

3) BKartA, Beschluß v. 20.8.75, WuW/E BKartA 1586 "Preis-aufkleber".

4) BKartA, Beschluß v. 25.11.74, WuW/E BKartA 1545 "Brotindustrie".

zulässig, da das vom Aufbrauchzugeständnis der Beschlußabteilung erfaßte Verpackungsmaterial mit eingedruckten Preisangaben nicht mehr vorhanden war.

- Das Bundeskartellamt stellte heraus, daß der Betroffene Kenntnis davon hatte, daß der Gesetzgeber mit der Kartellgesetznovelle 1973 die Mißbrauchsaufsicht über unverbindliche Preisempfehlungen für Markenware wesentlich verschärft hatte.

- Er wußte auch, daß die Verwendung der für unzulässig erklärten Preisempfehlungen ordnungswidrig war und daß die neuen gleichartigen unverbindlichen Preisempfehlungen seitens des nebenbetroffenen Unternehmens nach dem 15. Februar 1975 ebenfalls ordnungswidrig waren.

- Das Kammergericht hatte die aufschiebende Wirkung der Beschwerde der Nebenbetroffenen gegen die Verfügung nicht angeordnet, weil keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung des Bundeskartellamtes bestanden.

Es muß dem Betroffenen auch als juristischen Laien unverständlich sein, daß trotz der aufgeführten Umstände sein Anwalt ihn belehrt hatte, er könne über den 15. Februar 1975 hinaus frei von rechtlichen Sanktionen die verbotene Preisempfehlung weiterhin praktizieren. Aufgrund dieses Widerspruches hätte der Betroffene sich in besonderem Maße mit dem Rat des Anwaltes auseinandersetzen müssen. Er hätte ihn gezielt zu diesem Widerspruch befragen müssen und sich ferner von ihm belehren lassen müssen, mit welchen Folgen er zu rechnen habe, wenn die Rechtsauffassung des Bundeskartellamtes zutreffend sei.

Der Betroffene hatte sich nicht genügend bemüht, um zu einer abgerundeten fundierten Rechtsauffassung zu kommen. Im konkreten Fall befaßte sich das Kammergericht nicht mehr mit dem Verbotsirrtum des Betroffenen zu 1). Es sprach den Betroffenen frei, da es den objektiven Tatbestand als

nicht gegeben ansah ¹⁾.

Der Bundesgerichtshof ²⁾ lehnte die Rechtsbeschwerde des Generalstaatsanwaltes ab.

Daß Umstände, wie die oben genannten, eine besonders intensive Prüfung der Rechtslage erforderlich machen, ist also von der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht bestätigt worden.

Das Kammergericht nahm in einem anderen Fall an, daß den Geschäftsführern besondere Sorgfaltspflichten oblagen, da ihr Anwalt die Rückfrage bei einem kartellrechtlich erfahrenen Spezialisten für erforderlich hielt ³⁾. Dies hätte den Betroffenen die außerordentliche Schwierigkeit des Falles vor Augen führen müssen. "Unter diesen Umständen und wegen des Hinweises in dem Schreiben des Bundeskartellamtes auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 7.Juli 1962 waren sie gehalten, eine ganz genaue Aufklärung zu fordern ⁴⁾."

Zwischen den Anforderungen, die grundsätzlich bei der Vermeidbarkeitsprüfung anzulegen sind, und den erhöhten Anforderungen besteht kein Stufenverhältnis, sondern ein fließender Übergang. In die vielen Sachverhaltsmöglichkeiten beim Verbotsirrtum aus Gründen der Vorhersehbarkeit und damit der Rechtssicherheit Strukturen einzuziehen, anhand derer der Betroffene versuchen kann, sich zu orientieren, ist sinnvoll. Die dabei auftretende Reduktion der komplexen Sachverhalte auf die herausragenden Merkmale, insbesondere auf die, die im Urteil zur Sprache kommen, ist unumgänglich.

1) KG, Urteil v. 16.6.76, WuW/E OLG 1733, 1734.

2) BGH, Beschluß v. 1.6.77, WuW/E BGH 1489, 1490.

3) KG, Beschluß v. 16.10.64, WuW/E OLG 709.

4) KG, Beschluß v. 16.10.64, WuW/E OLG 709, 715.

b) Interessenkollision

Ein weiterer Anhaltspunkt, der dem Betroffenen eine besondere Sorgfaltspflicht auferlegt, sich mit dem Rechtsrat eingehend auseinanderzusetzen oder weitere Nachforschungen anzustellen, kann eine für den Betroffenen erkennbare Interessenkollision in der Person des Rechtsbeistandes sein. Eine Interessenkollision liegt insbesondere dann vor, wenn der Anwalt ein eigenes Interesse an der Fortsetzung des kartellwidrigen Verhaltens hat. Für den Betroffenen ist dies z.B. erkennbar beim Rat der Rechtsabteilung eines an der kartellrechtlichen Vereinbarung Beteiligten, falls er ein finanzielles Interesse an der Durchführung der kartellwidrigen Absprache hat ¹⁾. Auch sind Juristen, die eine Meldestelle für Preise im Zusammenhang mit einem Marktinformationsvertrag aufgebaut haben, nicht unparteiisch bei der Frage, ob das Preismeldeverfahren kartellrechtswidrig ist ²⁾. Der Betroffene wußte darüber hinaus, daß die Juristen die Meldestelle langjährig geleitet hatten.

Ein juristischer Berater des Betroffenen, Rechtsanwalt Dr.B., hatte dem Mandanten persönlich mitgeteilt, daß er die Zukunft eines Teiles seiner Praxis für den Fall der Auflösung der Vertragsgemeinschaft der Tubenhersteller bedroht sieht ³⁾.

Infolge seiner eigenen Interessen war Dr.B. zu einer wahrhaft unabhängigen Beratung und Verteidigung des Betroffenen nicht in der Lage. Der Betroffene hätte die sachlichen und rechtlichen Probleme durch einen erfahrenen Anwalt gutachtlich prüfen lassen müssen. Dr.B. war "nur bedingt geeignet", die Rechtslage dem Betroffenen darzulegen ⁴⁾. Das

1) BGH, Beschluß v. 1.12.81, WuW/E BGH 1901, 1909 "Transportbeton Vertrieb".

2) KG, Beschluß v. 24.3.72, WuW/E OLG 1253, 1263 "Tubenhersteller II".

3) BKartA, Beschluß v. 14.5.71, WuW/E BKartA 1351, 1358 "Tubenhersteller".

4) BKartA, aaO., Fn.3, WuW/E BKartA 1359.

Bundeskartellamt ging nicht, wie bei einer oberflächlichen Beratung eines Vertragsanwaltes, von einem im Rahmen der Vermeidbarkeitsprüfung völlig unbrauchbaren Art aus, sondern hielt "nur" eine weitere Erkundigung für erforderlich.

c) Gegensätzliche Auskünfte

Wie bereits erwähnt (vgl. S.33), ist auch ein Schreiben des Bundeskartellamtes, in dem auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens hingewiesen wird, Anlaß für eine besonders intensive Rechtsprüfung, auch wenn bereits eine anwaltschaftliche Stellungnahme vorliegt. Die intensiven Erkundigungen sind insbesondere erforderlich, wenn im Schreiben des Bundeskartellamtes auf einschlägige Entscheidungen des Bundesgerichtshofes hingewiesen wird ¹⁾.

Im bereits angesprochenen Fall (S.82, 83 "Klinker") gingen die Betroffenen davon aus, daß eine Marktbeteiligung von wenigstens 5% für die Anwendbarkeit des § 1 GWB erforderlich sei. Das Bundeskartellamt zitierte in seinem Schreiben das BGH-Urteil vom 7.Juni 1962 (SPAR) ²⁾, aus dem hervorgeht, daß auch schon eine geringere Marktbeteiligung dem § 1 GWB unterfallen kann.

Der Betroffene wich noch in einem zweiten Punkt von der Meinung des Bundeskartellamtes ab. Hinsichtlich dieses Punktes konnte das Amt sich jedoch nicht auf ein höchst-richterliches Urteil stützen. Der Betroffene hatte angenommen, daß bei der Feststellung des relevanten Marktes der Vertrieb nicht allein von Klinkern, sondern von allen Baustoffen zu berücksichtigen sei.

1) KG, Beschluß v. 16.10.64, WuW/E OLG 709, 714 "Klinker"; BGH, Beschluß v. 27.1.66, WuW/E BGH 727, 733 "Klinker"; KG, Beschluß v. 24.3.72, WuW/E OLG 1253, 1263 "Tubenhersteller II"; BKartA, Beschluß v. 14.5.71, WuW/E BKartA 1351, 1358 "Tubenhersteller".

2) BGH, Urteil v. 7.6.62, BGHZ 37, 194, 200.

Nach dem Bundeskartellamt bilden dagegen Klinker als eine besonders witterungsbeständige Bausteinart, die einem weit verbreiteten Geschmack entspricht, einen eigenen Markt. Da die Entscheidung des Bundesgerichtshofes als grundlegendes Urteil für die Vermeidbarkeitsprüfung im Kartellrecht zitiert wird ¹⁾, soll auf die Argumentation des Kammergerichtes und des Bundesgerichtshofes näher eingegangen werden. Im Ergebnis kommen beide zur Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums. Das Kammergericht differenziert jedoch hinsichtlich der Irrtümer des Betroffenen über die Abgrenzung des relevanten Marktes und der Anwendbarkeit des §1I S.1 GWB .

Da es sich bei der Frage der Marktabgrenzung um eine rechtlich streitige, schwierige Angelegenheit handelt und die Rechtsansicht der Betroffenen von namhaften Fachanwälten gestützt wurde, bestand für die Betroffenen keine besondere Nachprüfungspflicht. Insoweit war ihr Verbotssirrtum unvermeidbar.

Hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 1 I S.1 GWB bei unter 5%-Marktbeteiligung bestand hingegen eine besondere Nachprüfungspflicht, der die Betroffenen nicht nachgekommen waren.

1) z.B. KG, Beschluß v. 29.4.66, Az: KartB 2/66, unveröffentlicht KG, Beschluß v. 13.4.73, WuW/E OLG 1394, 1397 "japanische Fotoimporte"; KG, Beschluß v. 10.1.69, WuW/E OLG 972, 973 "Landmaschinen"; KG, Beschluß v. 22.5.73, WuW/E OLG 1407, 1409 "Bilder aus Gold"; KG, Beschluß v. 8.2.74, WuW/E OLG 1449, 1464 "bitumenhaltige Bautenschutzmittel"; KG, Urteil v. 2.6.76, WuW/E OLG 1687, 1694 "Laboruntersuchung"; OLG Düsseldorf, Urteil v. 4.12.79, WuW/E OLG 2167, 2171 "Nordmende"; KG, Urteil v. 6.12.79, WuW/E OLG 2205, 2207 "Jeans"; OLG Düsseldorf, Urteil v. 15.12.80, WuW/E OLG 2364, 2368 "Ölbrenner II".

Der Bundesgerichtshof bestätigte, auf Rechtsbeschwerde der Betroffenen hin, deren Verpflichtung, sorgfältig zu prüfen, ob ihr Tun erlaubt ist. "Dies galt in erhöhtem Maße, nachdem sich das Bundeskartellamt für seine Auffassung über die Anwendbarkeit des § 1 GWB auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes berufen hatte ¹⁾." Aus dem Urteil ergibt sich damit nicht, daß der Bundesgerichtshof in jedem Fall einen erhöhten Sorgfaltsmaßstab anlegen will. Eine besonders weitgehende Nachforschungspflicht für die Betroffenen besteht nur in den Fällen, in denen er widersprüchliche Auskünfte erhalten hat. Die Frage ob ein Betroffener sich überhaupt auf einen entschuldbaren Verbotsirrtum berufen kann, wenn er sich im Gegensatz zum Bundeskartellamt auf ein Privatgutachten verläßt, ohne weitere Schritte zur Klärung zu ergreifen, läßt der Bundesgerichtshof ausdrücklich offen. Eine besonders intensive Nachprüfungspflicht hat der Bundesgerichtshof nur angenommen, falls gegen die Meinung des kartellrechtlich erfahrenen Anwaltes Urteil des Bundesgerichtshofes existieren, die z.B. durch Schreiben des Bundeskartellamtes dem Betroffenen bekannt geworden sind. Auf das Verhältnis der Auskunft des Anwaltes zu der des Bundeskartellamtes bleibt noch einzugehen.

d) Zusammenfassung

Wie intensiv die Erkundigungen sein müssen, damit die Rechtsprechung einen unvermeidbaren Verbotsirrtum annimmt, hängt vom Anlaß, den erhaltenen Auskünften und insbesondere von den Hinweisen ab, die für ein rechtswidriges Verhalten sprechen. Ein Mandant darf sich die Entscheidung zum Handeln durch den Rechtsbeistand nicht abnehmen lassen. Ihn trifft im Rahmen der Auseinandersetzung mit

1) BGH, Beschluß v. 27.1.66, WuW/E BGH 727, 733 "Klinker".

der Auskunft immer eine Nachprüfungspflicht, ob der Rat widersprüchlich ist oder sonst für ihn erkennbare Mängel aufweist.

Besteht jedoch ein besonderer Anlaß zur Vorsicht, wird eine noch genauere Aufklärung gefordert. Diese kann in zwei Richtungen gehen.

In Fällen, in denen Zweifel an der fachlichen Kompetenz und Unparteilichkeit bestehen, muß der Betroffene bei einer weiteren Stelle Erkundigungen einziehen. Erscheint dem Mandanten der Rat widersprüchlich, oder vertritt der Anwalt eine vom Bundesgerichtshof abweichende Rechtsmeinung, muß der Mandant sich mit dem vorliegenden Rat weitergehend auseinandersetzen. Er muß sich an den Anwalt wenden und von diesem die Erläuterung des Gutachtens verlangen.

Dem grundlegenden Beschluß des Bundesgerichtshofes ¹⁾ läßt sich jedoch nicht entnehmen, ob er der Differenzierung des Kammergerichtes folgt. Das Kammergericht nimmt die erhöhte Nachprüfungspflicht nur für Fälle an, in denen ein Urteil des Bundesgerichtshofes der Rechtsmeinung des Anwalts widerspricht.

Aus dem späteren Beschluß des Bundesgerichtshofes vom 12. Februar 1980 ²⁾, der sich unmittelbar mit den notwendigen Darstellungen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums in den Urteilsfeststellungen beschäftigt, ist zu folgern, daß der Bundesgerichtshof den vom Kammergericht für besondere Fälle gedachten erhöhten Sorgfaltsmaßstab in jedem Fall anlegt. Auch andere Urteile ³⁾ des Bundesgerichtshofes verweisen auf den Beschluß vom 27. Januar 1966,

1) BGH, Beschluß v. 27.1.66, WuW/E BGH 727, 733 "Klinker".

2) WuW/E BGH 1729, 1732 "Ölbrenner".

3) BGH, Urteil v. 1.12.81, WuW/E BGH 1901, 1904 "Transportbeton-Urteil II"; Urteil v. 1.12.66, WuW/E BGH 858, 362.

in dem der Bundesgerichtshof das erste Mal den erhöhten Sorgfaltsmaßstab erwähnte. In diesen späteren Urteilen besteht kein besonderer Anlaß für einen erhöhten Sorgfaltsmaßstab. Die Einschränkung der besonderen Nachprüfungspflicht hinsichtlich des Kreises der Betroffenen und der besonderen Umstände des Sachverhaltes ist damit weggefallen. Die Betroffenen haben bei Erkundigungen immer einen Sorgfaltsmaßstab anzulegen, der für besondere Situationen und für einen wirtschaftlich geschulten Mandantenkreis entwickelt wurde.

Hierdurch werden die Besprechungstermine zwischen Anwalt und Mandanten in den Vordergrund der Vermeidbarkeitsprüfung geschoben. Der Bereich, in dem der Mandant dem Anwalt ohne Kontrolle vertrauen kann, verkleinert sich. Der Anwalt ist gezwungen, Gutachten dem Mandanten nicht nur ergebnisorientiert zu erläutern, sondern auch mit den Argumenten darzulegen.

Der Ansicht, daß der Anwalt dem Mandanten nur das aufbereitete Rechts- und Sachverhaltmaterial darstellen soll ¹⁾, daß dieser dann selbständig eine laienhafte Bewertung vornimmt, kann in einer verflochtenen Materie wie dem Kartellrecht (vgl. die Interessenabwägung im Rahmen des § 26 II GWB) nicht gefolgt werden.

III. Ergebnis und Stellungnahme zum 3. Teil

Der Sorgfaltsmaßstab, der bei der Überprüfung der Rechtslage zu beachten ist, ist am weitesten im Zusammenhang mit der Erkundigung bei einem Rechtsanwalt geklärt, da ein Betroffener, der sich überhaupt um einen Rat bemüht, diesen in der Regel bei einem Anwalt erfragen wird.

Der Betroffene muß darlegen, daß die Auskunft des Rechtsbeistandes ihn überzeugt hat. Vertrauen darf er bei Problemen

1) Thomas, WuW 1974, 20, 27.

im kartellrechtlichen Bereich einem Anwalt, der nachweislich schon auf dem Gebiet des Kartellrechtes tätig war.

Diesen hat der Mandant rechtzeitig, bzw. sobald er die Rechtmäßigkeit seines Handelns bezweifelt, zu beauftragen und mit dem vollständigen Sachverhalt vertraut zu machen.

Der Anwalt darf nicht allein sein Ergebnis dem Mandanten mitteilen. Er muß sich bemühen, den Mandanten von seiner Rechtsauffassung nicht nur aufgrund seiner fachlichen Kompetenz zu überzeugen, sondern auch anhand von Literatur und höchstrichterlicher Rechtsprechung, soweit vorhanden. Der Mandant wird dabei nicht unbedingt alle juristischen Bewertungen nachvollziehen können, entscheidend ist, daß er sich bemüht hat, eine Entscheidung im Rahmen des Erlaubten zu fällen.

Diese Grenzziehung zwischen erforderlichem Bemühen von Mandant und Anwalt, die Rechtslage zu klären, und dem erlaubten unschädlichen Vertrauen des Mandanten in den Anwalt, hängt von den intellektuellen Fähigkeiten des Mandanten ab.

Besonders soll darauf hingewiesen werden, daß an den substantiierten schlüssigen Vortrag des unvermeidbaren Verbotsirrtums hohe Anforderungen gestellt werden.

Beachtet der Mandant bzw. der Anwalt nicht die Anforderungen an die äußere Form der Abwicklung der Beratung, liegt im Falle der Rechtswidrigkeit ein vermeidbarer Irrtum vor.

Bestehen widersprüchliche Auskünfte, muß der Mandant weitere Erkundigungen einziehen bzw. versuchen, den Widerspruch durch intensive Auseinandersetzungen mit dem Rat aufzuklären.

Um die Unvermeidbarkeit des Rechtswidrigkeitsirrtums zu begründen, ist es nicht nur erforderlich, die Qualifikation als Grund für die Vertrauenswürdigkeit darzustellen, sondern es muß auch auf die genauen Umstände der Beratung

eingegangen werden.

Der Mandant muß im Rahmen von Erkundigungen bei einem Anwalt große Umsicht walten lassen.

Aufgrund der vorliegenden Urteile muß der Betroffene wissen, wie er vorzugehen hat. Die Formalisierung bei der Nachprüfung des Rechtsrates kann zwar für die Einzelfallgerechtigkeit von Nachteil sein, da die Kontrolle des anwaltschaftlichen Rates sinnlos ist, falls einem Betroffenen die intellektuelle Fähigkeit fehlt, um die Gedankengänge nachzuvollziehen.

Wird dennoch eine Nachprüfung vom Mandanten gefordert, so schafft dies eine Verhaltensregel, die für den Betroffenen, auch wenn er zu den juristisch weniger vorgebildeten Tätern gehört, von Vorteil sein kann. Die relative Rechtssicherheit bei der Beratung durch einen Anwalt wird durch die besonders zeitaufwendige Unterrichtung des Anwalts durch den Mandanten, sowie die besonderen Nachprüfungspflichten des Mandanten hinsichtlich der Auskunft des Anwaltes bezahlt.

4. Teil: Andere Informationsmöglichkeiten

I. Kartellbehörden

1. Informationsmöglichkeiten

Der Ratsuchende hat nicht nur die Möglichkeit, Auskünfte bei einem Rechtsanwalt einzuholen. Bei einer Behörde ¹⁾, dem Landgerichtspräsidenten, dem Oberlandesgerichtspräsidenten ²⁾, dem amtlichen Vorgesetzten ³⁾ u.a. ⁴⁾ kann ein Straftäter versuchen, Rechtsrat zu erhalten. Wenn der Betroffene sich auf die Auskunft einer Stelle verläßt, die er ohne Verschulden als kompetent ansehen konnte, namentlich der zuständigen Behörde, soll ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vorliegen ⁵⁾. Die Schwierigkeit der Rechtsmaterie ist jedenfalls dann kein Entschuldigungsgrund, wenn eine Klärung durch eine behördliche Auskunft möglich war ⁶⁾.

Die Landeskartellbehörden und das Bundeskartellamt bieten sich als Auskunftsstellen für das Kartellrecht an. Haben Betroffene, die sich auf einen Verbotsirrtum berufen keinerlei Erkundigungen eingezo-gen, werden als mögliche Erkundigungsstellen sowohl Rechtsanwälte als auch Kartellbehörden in Urteilen, oftmals beide zusammen, genannt ⁷⁾.

-
- 1) Jakobs, 19. Abschn., Rdnr. 43; Cramer, in: Schönke/Schröder, § 17, Rdnr. 16; Rudolphi, in: Rudolphi/Horn/Samson, § 17, Rdnr. 40; Preisendanz, § 17, 7dd.
 - 2) BGHSt 5, 118.
 - 3) BGH VRS 10, 359, Nr. 142.
 - 4) Vgl. Mattil, ZStW 74 (1962), 201 m.w.Nachw.; Wolter, JuS 1979, 482.
 - 5) Warda, FS Hans Welzel 1974, S. 511 m.w.Nachw.
 - 6) Müller/Gießler/Scholz, § 38, Rdnr. 12 m.w.Nachw.
 - 7) z.B. BKartA, Beschluß v. 9.5.77, WuW/E BKartA 1683 f.; Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen, Bescheid v. 8.3.67, WuW/E LKartB 115, 120.

Das Bundeskartellamt weist selbst darauf hin, daß Zuwiderhandlungen gegen Ordnungswidrigkeitstatbestände durch Rückfragen beim Bundeskartellamt zu vermeiden gewesen wären ¹⁾. Es sei die zuständige Behörde, bei der im Rahmen der Erkundigungspflichten um Auskunft nachgesucht werden könne ²⁾.

Auch bei den Landeskartellbehörden kann der Betroffene sich jederzeit unmittelbar informieren, z.B. über die Tragweite von Kartellbestimmungen ³⁾. Auf die Möglichkeit des Anwaltes, sich durch Rückfragen beim Bundeskartellamt abzusichern, wodurch die Auskunft eines im Kartellrecht nicht besonders erfahrenen Anwaltes Vertrauenswürdigkeit für den Mandanten gewinnt, wurde bereits hingewiesen ⁴⁾. Der Bundesgerichtshof betont die Bedeutung des Bundeskartellamtes. Dessen Rechtsmeinung ist auch, wenn sie von dem Betroffenen nicht erfragt wurde, für die Vermeidbarkeit eines Irrtums relevant.

Durch Beschluß vom 1. Dezember 1981 ⁵⁾ bestätigte der Bundesgerichtshof den Freispruch von Gesellschaftern einer Vertriebsgemeinschaft für Transportbeton. Eine Verletzung des § 1 S.1 GWB wegen faktischer Beschränkung des Wettbewerbs könne dem Betroffenen nicht vorgeworfen werden, weil sie in der damaligen Zeitspanne von 1968 bis 1973 auf die "Gegenstandstheorie" vertrauen durften. Die Betroffenen konnten ihre fehlerhafte Rechtsauffassung nach Ansicht des Bundesgerichtshofes unvorwerfbar vertreten, da noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung vorlag ⁶⁾

1) BKartA, Beschluß v. 9.5.77, WuW/E BKartA 1683.

2) BKartA, Beschluß v. 16.2.27, WuW/E BKartA 1389 ff.

3) Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen, Bescheid v. 8.3.67, WuW/E LKartB 115.

4) Vgl. BKartA, Beschluß v. 16.2.72, WuW/E BKartA 1384 "Butter Exportkontor".

5) BGH, Beschluß v. 1.12.81, WuW/E BGH 1871, 1879.

6) Vgl. 4. Teil, II.

und das Bundeskartellamt eine uneinheitliche und unklare Rechtsauffassung vertrat.

Das Bundeskartellamt sah lt. Tätigkeitsbericht 1970, S.53, keinen Verstoß gegen § 1 I S.1 GWB, wenn sich die Beteiligten nicht in der "wettbewerblich relevanten Handlungsfreiheit beschränkten" bzw. keine Andienungspflicht bestand ¹⁾. Im Tätigkeitsbericht von 1963, S.19, bezeichnete das Bundeskartellamt die Gründung einer Vertriebsgesellschaft durch zwei konkurrierende Unternehmen als zulässig, obwohl der Gesellschaftsvertrag mit der Verpflichtung verbunden war, die zu vertreibenden Waren von den Gesellschaftsunternehmen nach bestimmten Quoten zu beziehen. Wegen dieser unterschiedlichen Standpunkte des Bundeskartellamtes "wonach Verhaltensbeschränkungen, die Gesellschafter ihrem Gemeinschaftsunternehmen auferlegen, nicht zu beanstanden seien, durften die Organe der Betroffenen auch darauf vertrauen, daß die dem Gemeinschaftsunternehmen auferlegte Verpflichtung, die eingehenden Aufträge nach bestimmten Quoten an die Gesellschafter zu verteilen, zulässig war" ²⁾.

Will der Betroffene sich hingegen gezielt beim Bundeskartellamt informieren, muß er, wie bei der anwaltschaftlichen Beratung, den genauen Sachverhalt darstellen. Deshalb kann eine fernmündliche Auskunft der Beamten des Bundeskartellamtes dann nicht entschuldigend wirken, wenn diese nicht über das eigentliche Vorhaben des Betroffenen unterrichtet wurden.

Ein Produzent wollte den Zwischenhandel durch Androhung einer Liefersperre in einem Rundschreiben zu einem gleichförmigen Verhalten hinsichtlich der Preisgestaltung veranlassen ³⁾. Statt den Entwurf des Rundschreibens vor-

1) Tätigkeitsbericht des BKartA 1970, S.53,

2) BGH, Beschluß v. 1.12.81, WuW/E BGH 1871, 1875
"Transportbeton Vertrieb".

3) Näherer Sachverhalt vgl. S.80; BKartA, Beschluß v. 28.9.78, Az: B-641130-V-209/77, hier erörterter Teil nicht abgedruckt in WuW/E BKartA 1763.

zutragen oder wenigstens die Absicht darzulegen, ein derartiges Rundschreiben versenden zu wollen, hat der Betroffene eine allgemeine Rechtsauskunft eingeholt. Diese konnte sich aufgrund der Sachverhaltsdarstellung des Betroffenen auf den Bereich des § 25 II und § 15 GWB nicht erstrecken. Ob der Betroffene dabei bewußt eine unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsdarstellung gegeben hat, ließ sich ihm nicht nachweisen.

Fest stand jedoch, daß er sich beim Bundeskartellamt nicht darüber unterrichtet hat, ob die Versendung eines Rundschreibens mit dem beabsichtigten Inhalt kartellrechtlich zulässig ist. Unter anderem deshalb war sein Verbotsirrtum vermeidbar.

Von besonderer Bedeutung ist die Darstellung der Rechtsprechung in dem Schreiben des Bundeskartellamtes. Höchststrichterliche Rechtsprechung, die für den Täter erkennbar einen Standpunkt vertritt, der vom eigenen abweicht, macht einen Verbotsirrtum vorwerfbar ¹⁾. Zwar führt das Kammergericht aus, daß das Beharren auf dem, der höchstrichterlichen Rechtsprechung entgegenstehenden Standpunkt nur ein Verschulden begründen "kann", es ist dem Verfasser jedoch kein Urteil bekannt, in dem ein Verbotsirrtum trotz Kenntnis der gegenteiligen höchstrichterlichen Rechtsprechung als vermeidbar angesehen wurde. Ein Beharren gegen die höchstrichterliche Rechtsprechung führt also immer zum Verschuldensvorwurf.

Kann sich das Bundeskartellamt auf ein Urteil des Bundesgerichtshofes berufen, kann der Betroffene keinen anderen Standpunkt vertreten als das Bundeskartellamt.

1) Vgl. BKartA, Beschl. v. 14.5.71, WuW/E BKartA 1351 "Tubenhersteller"; KG, Beschluß v. 24.3.72, WuW/E OLG 1253 "Tubenhersteller".

2. Bundeskartellamt als präventiv-handelnde Behörde

a) Abmahnung und Untersagungsverfügung

Das Bundeskartellamt wird häufig von sich aus tätig, ohne angerufen zu sein, um ein kartellwidriges Verhalten abzustellen oder nicht zuzulassen. Hierdurch wird auch der für das Bußgeldverfahren erforderliche Verschuldensnachweis erleichtert ¹⁾. Die Kartellbehörden schalten einer Bußgeldsanktion eine Abmahnung vor oder greifen auf das durch die GWB-Novelle 1973 eingeführte objektive Untersagungsverfahren nach § 37a I, II GWB zurück ²⁾. Solange außerhalb der Mißbrauchsaufsicht nur das Bußgeldverfahren zur Verfügung stand, erfüllte die formlose Abmahnung gleichzeitig die Aufgabe, die heute in § 37a I, II GWB geregelt ist ³⁾.

Die formlose Abmahnung, deren Bedeutung auch heute durch § 37a I, II GWB nicht geringer geworden ist ⁴⁾, sollte nicht veröffentlicht werden, um dem Betroffenen, falls er nicht schuldhaft gehandelt hat, nicht bloßzustellen ⁵⁾. Die Abmahnung ist weder vollziehbar noch ist sie im Kartellverwaltungsverfahren nach § 26 I, II GWB angreifbar.

Wenn der Adressat die Rechtslage geklärt wissen möchte, so muß er grundsätzlich warten, bis eine Verfügung nach

1) K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, 1977, S.398 m.w.Nachw.; Emmerich, Kartellrecht, 1982, S.307.

2) Vgl. BGH, Beschluß v. 1.12.81, WuW/E BGH 1901, 1904; OLG München, Beschluß v. 2.5.79, Az: Kart 1/78 (unveröffentlicht).

3) K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, 1977, S.300.

4) K. Schmidt, Aufgabe und Leistungsgrenzen der Gesetzgebung im Kartelldeliktsrecht, 1978, S.120.

5) Vorbrugg, WuW 1984, 371, 377 f.; vgl. TB BKartA 1977; BT-Drucks.8/1925, 556.

§ 37a I S.2 GWB ergeht, um dann mit der Anfechtungsbeschwerde dagegen vorgehen zu können.

Angesichts der Wirkung einer auch formlosen Abmahnung auf den Verbotsirrtum ist in Fällen, in denen das Bundeskartellamt die Möglichkeit hat, sofort ein Ordnungswidrigkeitsverfahren nach der Abmahnung einzuleiten, ein berechtigtes Interesse an der Klärung zu bejahen ¹⁾. Damit aber nicht der Anschein entsteht, daß durch das Ausweichen in die Formlosigkeit der Rechtsschutz abgeschnitten wird, sollte das Bundeskartellamt in diesen Fällen eine förmliche Untersagungsverfügung erlassen. Durch den Erlaß dieser Verfügung kann das Bundeskartellamt die Einleitung eines Ordnungswidrigkeitsverfahrens vermeiden und der Betroffene eine gerichtliche Entscheidung über eine vom Bundeskartellamt abweichende Rechtsansicht durch das Kartellverwaltungsverfahren herbeiführen. Die Untersagungsverfügung kann ergehen, wenn das beanstandete Verhalten objektiv widerrechtlich ist ²⁾. Die Vorschrift wurde ins Gesetz eingebaut, um der Kartellbehörde die Möglichkeit zu geben, wettbewerbsrechtlich relevante Streitfragen einer gerichtlichen Entscheidung zuzuführen, ohne im einzelnen Fall ein Verschulden nachweisen zu müssen.

Deshalb war die Rechtsbeschwerde gegen eine die Untersagungsverfügung einer Landeskartellbehörde bestätigende Entscheidung erfolglos ³⁾. Eine Architektenkammer hatte ihre Mitglieder unter Androhung von Nachteilen aufgefordert, die Höchstpreise der Gebührenordnung für Architekten nicht zu unterschreiten. Der Beschwerdeführer machte geltend, er wäre tätig geworden, ohne zu wissen, daß ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch gegen die Mitglieder nicht besteht.

1) Zur Klageart vgl. statt vieler Langen/Niederleithinger, § 63, Rdnr.1.

2) Amtl. Begründung zur 2.Gesetzesnovelle, BT-Drucks.7/76.

3) BGH, Beschluß v. 16.12.76, WuW/E BGH 1474, 1479 "Architektenkammer".

Hiermit konnte er aber nicht durchdringen, da schuldhaftes Verhalten nicht Voraussetzung für eine Untersagungsverfügung ist.

Eine Mitteilung an die, an einem Marktinformationsvertrag beteiligten Unternehmen über die Einleitung eines Bußgeldverfahrens, machte den Betroffenen spätestens klar, daß sie nach Ansicht des Bundeskartellamtes rechtswidrig handelten ¹⁾. Hinsichtlich der Wirkung auf die Vermeidbarkeitsprüfung kommt der Mitteilung dieselbe Bedeutung wie einer Abmahnung zu. Im Brief wurde vom Bundeskartellamt ausgeführt, daß die bisherige Praktizierung des Marktinformationsvertrages zumindest den objektiven Tatbestand des § 38 I Nr.1 GWB erfüllt, "eine etwaige Fortsetzung der Vertragsanwendung würde auch die mögliche Anerkennung eines nicht vorwerfbaren Rechtsirrtums mit der Folge ausschließen, daß Geldbußen wegen vorsätzlichen Verstoßes gegen § 38 I Nr. GWB zu verhängen wären ²⁾."

Auch andere Institutionen mahnen die Betroffenen ab und weisen sie dabei auf ihr rechtswidriges Verhalten hin. Das Landgericht Nürnberg-Fürth nahm einen fahrlässigen Verstoß gegen § 26 II i.V.m. § 37 I S.1 GWB an, da die Betroffenen die Wettbewerbswidrigkeit ihres Verhaltens "spätestens nach der Abmahnung durch den Landesfachverband Bestattungsgewerbe Bayern e.V. erkennen konnten.

b) Ausführlichkeit der Abmahnung

Der Verschuldensnachweis wird nur dann erleichtert, wenn das Bundeskartellamt für den Betroffenen verständlich darlegt, daß sein Verhalten gegen das GWB verstößt und worin

1) BKartA, Brief v. 18.4.69, WuW/E BKartA 1293.

2) BKartA, aaO., Fn.1.

3) KG Nürnberg-Fürth, Urteil v. 23.10.81, WuW/E LG/AG 471, 473.

es diesen Verstoß sieht. Wegen der vielen normativen Tatbestandsmerkmale hat das Bundeskartellamt insoweit seinen Rechtsstandpunkt genau darzulegen. Falls der Rechtsbeistand des Betroffenen eine andere Meinung vertritt, muß sich das Bundeskartellamt ausführlich mit der Problematik auseinandersetzen ¹⁾.

Die Ansprüche, die das Kammergericht im Beschluß vom 29. Januar 1965 ²⁾ an die Auseinandersetzungspflicht des Bundeskartellamtes gestellt hat, waren sehr hoch und wurden so vom Bundesgerichtshof noch nicht bestätigt.

Der Betroffene, leitender Angestellter der Firma F., war nach Ansicht des Bundeskartellamtes hinreichend verdächtig, einem anderen Unternehmen Nachteile zugefügt zu haben, um dieses zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach § 15 GWB nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf. Der Betroffene hatte die G. KG in eine Sperrliste aufgenommen und diese an alle Rundfunk- und Fernsehgroßhändler versandt, die Produkte der Firma Saba führen. Hierdurch wurde die Nichtbelieferung der G. KG verursacht, um sie zur Einhaltung der von der Firma Saba empfohlenen Richtpreise zu veranlassen.

Die Verteidigung des Betroffenen, daß die Aufnahme in die Sperrliste geschehen sei, weil die G. KG nicht die, in der Vertriebsbindung der Firma Saba aufgestellten Voraussetzungen für die Anerkennung als Fachgeschäft erfülle, sah das Bundeskartellamt, ohne weiter darauf einzugehen, als Schutzbehauptung an.

Das Kammergericht lehnte die Festsetzung einer Geldbuße nach §§ 15, 25 I, 38 I Nr.8 GWB ab ³⁾. Das Ermittlungs-

1) Vgl. KG, Beschluß v. 24.3.72, WuW/E OLG 1253, 1263 "Tubenhersteller II".

2) WuW/E OLG 717, 721 "Niedrigpreise".

3) So der richtiggestellte Tenor lt. BGH, Beschluß v. 28.10.65.

ergebnis des Bundeskartellamtes führte nicht zu hinreichenden Anhaltspunkten dafür, daß der Betroffene die KG mit der Absicht in die Sperrliste eingetragen hatte, sie zur Einhaltung nichtgebundener Preise zu v e r a n l a s s e n. 1)

Die Vertriebsbindung der Firma Saba wurde vom Bundeskartellamt nie beanstandet, und aus objektiven Tatbestandsmerkmalen läßt sich nicht auf das Vorhandensein des inneren Tatbestandes schließen, falls dieser zweifelhaft ist ²⁾. Der Bundesgerichtshof, der die tatrichterliche Beweiswürdigung nicht überprüfen konnte, sah keinen Denkfehler oder einen Verstoß gegen allgemeine Erfahrungssätze. Darüber hinaus nahm das Kammergericht noch einen unvermeidbaren Verbotsirrtum an, da das Bundeskartellamt auf die ihm bekannte Meinung des Betroffenen nicht eingegangen war. Nach Ansicht des Kammergerichtes hätte das Amt die Auffassung des Betroffenen widerlegen müssen, aus Gründen der Marktpflege zur Sperre berechtigt zu sein.

Daß der Betroffene verpflichtet ist, sich mit der vorliegenden Rechtsprechung, insbesondere der höchstrichterlichen auseinanderzusetzen, wurde bereits erwähnt. Eine Pflicht dem Bundeskartellamt aufzuerlegen, läßt sich kaum begründen. Es muß genügen, wenn das Bundeskartellamt seinen Standpunkt darlegt, damit der Betroffene weiß, daß er evtl. rechtswidrig handelt. Zu verlangen, daß das Bundeskartellamt den Betroffenen von der Rechtswidrigkeit seines Handelns überzeugt, würde zur höchstrichterlichen Rechtsprechung im Widerspruch stehen, daß Zweifel an der Rechtmäßigkeit den unvermeidbaren Verbotsirrtum ausschließen.

Keinesfalls kann ein höherer Maßstab als an Verfügungen mit Verwaltungsaktqualität angelegt werden, die nach

1) Sperrdruck im Original.

2) Das KG beruft sich auf Mayer-Wegelin, in: GK, § 28, Anm.16, richtiger Anm.15, 2.Aufl.

§ 57 I S.1 GWB zu begründen sind ¹⁾.

Ausreichend konkret war jedenfalls das Schreiben des Bundeskartellamtes vom 11. August 1971, das ein Unternehmen auf dem Markt für Aluminium Halbzeug versendet wurde ²⁾. Diese Unternehmen hatten einen Marktinformationsvertrag geschlossen. Das Bundeskartellamt legte eingehend dar, daß und warum der Marktinformationsvertrag zur Wettbewerbsbeschränkung geeignet und deshalb unwirksam im Sinne des § 1 I S.1 GWB ist und zumindest eine weitere Durchführung eine Ordnungswidrigkeit nach § 38 I Nr.1 GWB darstellt.

c) Wirkung der Abmahnung

Es stellt sich die Frage, welchen Einfluß ein Schreiben des Bundeskartellamtes an den Betroffenen hat, in welchem er auf die Rechtswidrigkeit seines Handelns hingewiesen wird.

Als mindestes muß der Betroffene Zweifel an der Zulässigkeit seines Verhaltens bekommen, falls er noch keinen einschlägigen Rechtsrat eingeholt hat ³⁾.

Das Kammergericht führt im Urteil vom 16. Juni 1976 ⁴⁾ aus, daß der Betroffene spätestens seit der Verfügung wußte, daß jede Einwirkung auf die Entschließungsfreiheit der Abnehmer gesetzeswidrig war. Er hätte bei der ihm zumutbaren und möglichen Anspannung seiner Erkenntniskräfte erkennen müssen, daß angesichts der ihm bekannten Interessenlage des Einzelhandels sein Verhalten wettbewerbswidrig

1) Vgl. Karsten Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, § 57, Rdnr. 15; Langen/Niederleithinger, § 57, Rdnr. 2; Müller/Gießler/Scholz, § 57, Rdnr. 6; Junge, in: GK, § 57, Rdnr. 3.

2) Vgl. KG, Urteil v. 3.11.72, WuW/E OLG 1327 "Aluminium Halbzeug"; BKartA, Beschluß v. 18.11.71, WuW/E BKartA 1369.

3) Vgl. 2. Teil, I.

4) KG, Urteil v. 16.6.76, WuW/E OLG 1738, 1740 "Feltbase".

und gesetzeswidrig war. Der Betroffene hatte wegen der Verfügung und seiner Kenntnisse die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit zu erkennen.

Der Bundesgerichtshof beanstandete auf Rechtsbeschwerde des Betroffenen hin die Ausführungen des Kammergerichtes zum Vermeidbarkeitsirrtum nicht ¹⁾. Er ging jedoch nicht darauf ein, daß der Betroffene bei genügender Anspannung die Rechtswidrigkeit hätte erkennen müssen, sondern führte aus, ohne näher auf die Verfügung des Bundeskartellamtes einzugehen, daß der Betroffene zumindest die Einsicht hätte gewinnen müssen, daß es zweifelhaft sei, ob das Rundschreiben rechtmäßig oder gesetzeswidrig ist.

Als Folge der Rechtsprechung, die Zweifel an der Rechtmäßigkeit wie die Kenntnis der Rechtswidrigkeit behandelt, muß das Gericht nicht mehr überzeugt sein, daß der Betroffene bei pflichtgemäßer Erkundigung die Rechtswidrigkeit hätte erkennen können. Der Betroffene kann sich schon dann nicht auf seine Unkenntnis berufen, wenn das Gericht zum Ergebnis gekommen ist, daß er bei pflichtgemäßer Überlegung gezweifelt hätte. Für das Bundeskartellamt hat eine Abmahnung eine weitergehende Wirkung.

Ab dem Zeitpunkt einer Abmahnung soll sich der Betroffene nicht mehr auf einen unvorwerfbaren Verbotsirrtum berufen können ²⁾. Das Bundeskartellamt nahm das Unrechtsbewußtsein u.a. wegen Auskünften an, die es anlässlich der Anmeldung eines Kartelles erteilt hatte ³⁾.

Auch nach Meinung der Landeskartellbehörde Bayern handeln die Betroffenen, die über die Gesetzeswidrigkeit ihres Tuns eingehend belehrt wurden, vorsätzlich und schuldhaft ⁴⁾.

1) BGH, Beschluß v. 1.6.77, WuW/E BGH 1489, 1491 "Brotindustrie".

2) BKartA, Bußgeldbescheid v. 18.11.71, WuW/E BKartA 1369, 1371 "Aluminium Halbzeug".

3) BKartA, Bescheid v. 28.12.71, WuW/E BKartA 1376, 1385 "Linoleum".

4) Landeskartellbehörde Bayern, Bußgeldbescheid v. 16.10.74, WuW/E LKartB 183 "Zahntechniker-Innung".

Die Betroffenen, Vorstandsmitglieder der regionalen Innung des Zahntechnikerhandwerks, versandten einheitliche Preislisten an ihre Mitglieder und empfahlen die darin enthaltenen Preise. Die Landeskartellbehörde klärte in einer Besprechung den Obermeister der Innung darüber auf, daß die Versendung von Preislisten mit der Aufforderung, diese einzuhalten, eine kartellrechtliche Ordnungswidrigkeit darstellt. Dieser versandte daraufhin Rundschreiben an die Innungsmitglieder, stellte den Sachverhalt klar und nahm von der Preisempfehlung Abstand.

Dennoch setzte er nach ca. 3 Monaten die Empfehlung fort. Hierbei mußte dem Betroffenen "auch bewußt sein, daß es hinsichtlich der Gesetzeswidrigkeit keinen Unterschied machte, ob von der Innung die Preislisten an ihre Mitglieder direkt versendet werden, oder ob sie, wie in der Folgezeit, lediglich der ausführenden Druckerei die Bestellungen ihrer Mitglieder vermittelt" ¹⁾. Obwohl die Gerichte die Bedeutung von Besprechungen der Betroffenen mit den Kartellbehörden für das Unrechtsbewußtsein herausstellen, wirkt diese nach dem Beschluß des Kammergerichts vom 17. Februar 1970 nicht zugunsten des Betroffenen ²⁾. Der Betroffene hatte ein Rundschreiben (Informationsdienst 2/69) mit ausdrücklichen Preisempfehlungen verbreitet. Er riet den Empfängern darüber hinaus, ihre Verkaufspreise auf das höhere Preisniveau einzelner Großvertriebsfirmen anzuheben und den gleichen Preis zu fordern. Dieses Rundschreiben war nach Ansicht des Kammergerichtes geeignet und bestimmt, die Mitglieder des Verbandes zu einer einheitlichen Preisgestaltung zu veranlassen (§ 38 II S.2 GWB).

Auf einen unvermeidbaren Irrtum konnte der Betroffene sich als Anwalt und geschäftsführender Vorstand eines Fachverbandes nicht berufen. Der Senat betonte, daß er

1) Landeskartellbehörde Bayern, Bußgeldbescheid v. 16.10.74, WuW/E LKartB 183, 184.

2) KG, Beschluß v. 17.2.70, WuW/E OLG 1100.

selbständig und unabhängig von etwaigen Erklärungen der Kartellbehörde, zu überprüfen habe, ob das Rundschreiben den Ordnungswidrigkeitstatbestand erfüllt. "Ob die Vertreter des Bundeskartellamtes sich den Ausführungen des Betroffenen bei der Besprechung ... im wesentlichen angeschlossen und erklärt haben, daß die Preisempfehlung ... lediglich erläutert werden sollte ..., ist unerheblich ¹⁾. " Auch, daß der Betroffene in einem späteren Informationsdienst (5/69) die Empfehlung in Übereinstimmung mit dem Bundeskartellamt darstellte, änderte nichts an der Feststellung des Kammergerichtes, daß die Versendung des Informationsdienst 2/69 einen vollendete Ordnungswidrigkeitstatbestand darstellt.

Diese Wertung befindet sich auf derselben Linie wie die Urteile, die auf die genauen Umstände einer Beratung abstellen und eine bloße Übernahme der Rechtsauskunft für nicht genügend erachten.

d) Zusammenfassung

Das Bundeskartellamt hat einen weiten Aufgabenbereich im Rahmen des GWB. Es soll nicht nur nachträglich auf rechtswidriges Verhalten hinweisen, sondern mit dem erwähnten Instrumentarium schon vorher eingreifen. Gerade die beratende Tätigkeit wird im Rahmen des Verbotsirrtums relevant. Der Betroffene kann hierbei zwischen die Meinungen des Bundeskartellamtes und des Kammergerichtes geraten, welches als Tatsacheninstanz den Sachverhalt nicht nur ermittelt, sondern eine völlig selbständige Entscheidung trifft. Es überprüft die Ermessensausübung des Bundeskartellamtes auch auf ihre Zweckmäßigkeit (§ 70 IV GWB).

1) KG, Urteil v. 17.2.70, WuW/E OLG 1100, 1101.
"Foto Rundschreiben".

Da die Abmahnung wenigstens Zweifel beim Betroffenen wecken soll, muß sie so genau sein, daß der Betroffene erkennt, in welcher Frage die Behörde einen anderen Standpunkt vertritt als er und was gegen seine Meinung spricht. Je genauer sie die Rechtslage darstellt, desto gewichtiger müssen die Argumente des Betroffenen sein, falls er glaubt, einen anderen Rechtsstandpunkt vertreten zu können.

Diese Pflicht zur genauen Darstellung besteht aber nur, wenn der Betroffene vorher schon in Kontakt zum Kartellamt stand, so daß der Rechtsstandpunkt des Betroffenen der Kartellbehörde bekannt ist. Eine Verletzung dieser Pflicht der Kartellbehörden kann dennoch nicht die Unvermeidbarkeit des Irrtums nach sich ziehen, da der Betroffene jedenfalls einen Anlaß hatte, Erkundigungen einzuholen. So wie er im Verhältnis zum Anwalt Letztverantwortlicher für die Rechtmäßigkeit seines Handelns ist, kann er diese Verantwortung auch nicht wegen Nachlässigkeit der Kartellbehörde abwälzen.

3. Unterschiedliche Rechtsauskünfte

Uneinheitlich wird das Verhältnis der Auskünfte durch Dritte zur Abmahnung des Bundeskartellamtes beurteilt.

Die Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen vertritt im Bescheid vom 8. März 1967 ¹⁾ die Ansicht, daß die Belehrung durch das Bundeskartellamt beim Betroffenen Zweifel hervorrufen mußte, auch wenn er anderweitig entgegengesetzten Rechtsrat erhalten hatte. Der Meinung schloß sich das Kammergericht an ²⁾. Zwei Rechtsanwälte, die mit der Ausarbeitung einer Dokumentation und der Darstellung der rechtlichen Situation beauftragt waren, kamen zum Ergebnis, daß das Verhalten der Betroffenen rechtmäßig ist. Diese wollten

1) Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen, Bescheid v. 8.3.67, WuW/E LKartB 115, 120.

2) KG, Beschluß v. 24.3.72, WuW/E OLG 1253 "Tubenhersteller II".

einen Marktinformationsvertrag mit einem Preismeldeverfahren praktizieren. Dennoch nahm das Kammergericht einen vermeidbaren Irrtum an." Der Senat ist zu der Überzeugung gelangt, daß die Betroffenen seit dem Erhalt der eingehenden Belehrung (durch das Bundeskartellamt) es jedenfalls für möglich gehalten haben, durch die weitere Praktizierung des Marktinformationsvertrages gegen die genannten Vorschriften zu verstoßen ... Da die Auffassung des Bundeskartellamtes sehr eingehend dargelegt und zu wesentlichen Teilfragen mit höchstrichterlicher Rechtsprechung belegt war, sind in ihnen mit Sicherheit so viele ernste Zweifel an der Zulässigkeit des Marktinformationsvertrages entstanden, daß sie die weitere Praktizierung nicht mehr ohne Einschränkung für erlaubt, sondern für möglicherweise unerlaubt gehalten haben ¹⁾.

Im Gegensatz zum Kammergericht, das schon den Irrtum über die Rechtswidrigkeit ablehnte, nahm das Bundeskartellamt in derselben Sache einen Irrtum an, der aber als nicht unüberwindlich angesehen wurde, da die Betroffenen es "sämtlich an einer ausreichenden Nachprüfung der Rechtslage haben fehlen lassen" ²⁾. Die Betroffenen wollten sich nach Ansicht des Bundeskartellamtes nur auf das Ergebnis der anwaltschaftlichen Prüfung stützen. Abgesehen davon, daß der Anwalt nicht unvoreingenommen war (vgl. S.90), bemühten sich die Betroffenen nicht genügend um eine eigene Meinungsbildung. Deshalb ließ das Bundeskartellamt ausdrücklich die Frage dahingestellt, ob der Verbotsirrtum entschuldbar ist, wenn sich die Betroffenen auf ein eingeholtes, ihnen zusagendes Privatgutachten verlassen, ohne weitere Schritte zur Klärung zu ergreifen. Die hierbei zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofes ³⁾ beantwortete

1) KG, Beschluß v. 24.3.72, WuW/E OLG 1253, 1263.

2) BKartA, Beschluß v. 14.5.71, WuW/E BKartA 1351, 1358.

3) BGH, Beschluß v. 27.1.66, WuW/E BGH 727, 734.

die Frage ebenfalls nicht, obwohl ein unparteilicher qualifizierter Anwalt eingeschaltet war. Da die Betroffenen sich ebenfalls nicht mit dem gefertigten Gutachten in gebotenem Umfang auseinandergesetzt hatten, begründete der Bundesgerichtshof die Vermeidbarkeit des Irrtums hiermit. Das Kammergericht bezog als Vorinstanz jedoch ausführlich Stellung zum Verhältnis der Auskunft eines qualifizierten Anwaltes zu der des Bundeskartellamtes ¹⁾.

"Das fragliche Verschulden (der Betroffenen) kann hier nicht schon daraus hergeleitet werden, daß die Betroffenen durch die zuständigen Behörden und zuletzt durch das Schreiben des Bundeskartellamtes vom 21. Februar 1963 über die Rechtslage belehrt worden seien und sich dem nicht gefügt hatten. Denn es handelt sich um eine rechtlich streitige schwierige Angelegenheit, in der seitens der Rechtsberater der Betroffenen nach Einholung eines Gutachtens namhafter Fachanwälte eine andere Rechtsansicht vertreten wurde. In einem Rechtsstaat ist niemand gehalten, sich in derartigen Fällen ohne weiteres der abweichenden Auffassung von Verwaltungsbehörden zu unterwerfen, sondern er hat grundsätzlich das Recht, zunächst eine verbindliche Klärung zu fordern."

Dies deutet darauf hin, daß das Kammergericht im Falle eines abweichenden Rechtsrates durch einen Anwalt das Bundeskartellamt anhalten wollte, statt eines Bußgeldverfahrens erst ein formelles Verwaltungsverfahren (§ 51 I GWB) einzuleiten, um dabei die Rechtslage zu klären ²⁾.

Höchststrichterliche Rechtsprechung existiert insbesondere im kartellrechtlichen Bereich zu dem Konflikt Anwalt - Bundeskartellamt nicht.

1) KG, Beschluß v. 16.10.84, WuW/E OLG 709, 714.

2) Vgl. Karsten Schmidt, Aufgabe und Leistungsgrenzen der Gesetzgebung im Kartelldeliktsrecht, 1978, S.119.

Aus anderen Rechtsgebieten Rückschlüsse zu ziehen, verbietet sich wegen der besonderen Rolle des Bundeskartellamtes. Mit seinen Beschlußabteilungen ist es einem Kollegialgericht angenähert ¹⁾. Der Bundesgerichtshof ließ bisher die Frage unbeantwortet, da er die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums schon anders begründen konnte ²⁾.

Auch ein späteres Kammergerichtsurteil vom 16.März 1984 ³⁾ läßt nur begrenzt Rückschlüsse zu. Das Bundeskartellamt hat gegen den Vertriebsleiter und Gesamtprokuristen der Nordmende Vertriebsgesellschaft eine Geldbuße wegen vorsätzlicher Zuwiderhandlung gegen das Diskriminierungsverbot des § 26 II i.V.m. § 28 I Nr.8 GWB verhängt, nachdem das Oberlandesgericht Düsseldorf eine Lieferpflicht der Gesellschaft gegenüber Allkauf rechtskräftig festgestellt hatte ⁴⁾. Der Betroffene konnte sich trotz der Rechtsauskünfte von Fachanwälten nicht auf einen Verbotsirrtum berufen. Er hatte die Lieferverweigerung noch fortgesetzt, "nachdem das Bundeskartellamt, das in seiner rechtlichen Qualifikation der seiner (des Betroffenen) Anwälte nicht nachsteht, ihm Ende September 1980 die Einleitung eines Bußgeldverfahrens wegen der Nichtbelieferung angekündigt hatte ..." ⁵⁾. Der Betroffene darf sich auf die Auskunft von Anwälten bei einer gegenteiligen Auffassung des Bundeskartellamtes nicht verlassen, da die Qualifikation und damit Vertrauenswürdigkeit der beiden Auskunftsstellen gleich ist.

1) Emmerich, Kartellrecht, 1982, § 31, Rdnr.2

2) z.B. BGH, Beschluß v. 27.1.66, WuW/E BGH 727, 733 "Klinker"; BGH, Beschluß v. 1.12.66, WuW/E BGH 858, 862 "Konkurrenzfiliale".

3) KG, Urteil v. 16.3.84, WuW/E OLG 3169.

4) OLG Düsseldorf, Urteil v. 4.12.79, WuW/E OLG 2107 "Nordmende Allkauf".

5) KG, Urteil v. 16.3.84, WuW/E OLG 3169, 3172 "Nordmende".

Er kann im Prozeß zumindest nicht behaupten, daß er keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit seines Handelns mehr gehabt hatte.

Das Recht des Betroffenen, vor einem Bußgeldverfahren erst eine verbindliche Klärung zu fordern ¹⁾, kann bei der Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens im Rahmendes § 47 I S.1 OWiG eingestellt werden. Eine Berücksichtigung im Rahmen des Verbotsirrtums findet nicht statt. Der Verbotsirrtum wird schon bei qualifizierten gegensätzlichen Auskünften abgelehnt, da der Betroffene zweifeln mußte, ob seine Handlungen kartellrechtlich erlaubt sind. Der Rechtssuchende steht hier vor dem Konflikt, was er zur Klärung der Rechtmäßigkeit noch weiteres unternehmen soll.

Hinsichtlich eines Schadensersatzanspruches wird ab der ersten Verwarnung durch das Bundeskartellamt fahrlässiges Verhalten angenommen. Für einen Anspruch aus § 35 I S.1 GWB genügt schon leichte Fahrlässigkeit. Das positive Gutachten des eigenen Anwalts genügt nicht als Grund, die beanstandete Handlung fortzusetzen ²⁾. Dem Ratsuchenden bleibt nur die Möglichkeit, von der geplanten Handlung Abstand zu nehmen, falls der Rat des Anwaltes gegen die Abmahnung des Bundeskartellamtes steht.

4. Vertrauensschutz ³⁾ wegen Untätigkeit des Bundeskartellamtes

Betroffene berufen sich vor Gericht zum Teil vergeblich auf Besprechungen mit dem Bundeskartellamt, in denen dieses den Rechtsstandpunkt des Betroffenen geteilt haben

1) Vgl. KG, Beschluß v. 16.10.64, WuW/E 709.

2) Heitz, BB 1953, 430; LG Kiel, Urteil v. 4.8.50, GRUR 1951, 64, 87.

3) umfassender Bunte, BB 1980, 1073, 1075.

soll. Sie ziehen bisweilen auch den Schluß aus der Aufgabe und der Praxis des Bundeskartellamtes abzumachen, daß ihr Verhalten rechtmäßig ist, weil das Bundeskartellamt nicht eingegriffen hat. So begründete ein Betroffener seine Schuldlosigkeit vor dem Kammergericht mit der Einstellung eines fünf Jahre zurückliegenden Verfahrens ¹⁾. Aufgrund dieser Einstellung habe er annehmen dürfen, daß ein nicht auf einer Absprache beruhendes Parallelverhalten kartellrechtlich unbedenklich sei. Das Kammergericht, welches den objektiven Tatbestand schon als nicht gegeben ansah, ging auf diesen Einwand nicht ein.

Der aus dem Nichteinschreiten der Kartellbehörde abgeleitete Glaube, rechtmäßig zu handeln, genießt nach einer Entscheidung des Kammergerichts ²⁾ aus dem Jahre 1980 keinen Schutz. Der Kläger, Großhändler für Milch und Molkereiprodukte, bezog seine Waren ausschließlich von der Beklagten. Diese schloß den Kläger vom zentralen Abrechnungssystem aus und behandelte ihn dadurch ohne sachlichen Rechtfertigungsgrund anders, als die anderen Großhändler. Eine unbillige Behinderung des Klägers lag auch in der Forderung, einen Franchise-Vertrag mit einer Tochterfirma der Beklagten abzuschließen, da der Vertrag Bedingungen enthielt, die sachlich nicht gerechtfertigt waren und den Tatbestand der §§ 1 I S.1, 15 GWB erfüllten. Es konnte die Beklagte nicht entlasten, daß sie den Franchise-Vertrag der Landeskartellbehörde vorgelegt hatte, da sie keinen Antrag gestellt hatte, den Vertrag im Hinblick auf die Legalisierung zu prüfen. "Wenn die Kartellbehörde zunächst keine Maßnahmen gegen sie (die Beklagte) ergriffen hatte, durfte sie im Hinblick auf die

1) KG, Beschluß v. 28.8.69, WuW/E OLG 1015, 1017 "Teerfarben".

2) KG, Urteil v. 16.7.80, WuW/E OLG 2452, 2456 "Meierei Zentrale".

Vertragsformulierungen und den damit erfolgten Zweck einer einheitlich geregelten Liefertätigkeit und Preisbemessung selbständiger Unternehmen nicht darauf vertrauen, daß der Vertrag und seine Praktizierung nicht wettbewerbsbeschränkend seien ¹⁾."

Der Betroffene darf keine Rückschlüsse aus der Untätigkeit der Kartellbehörde ziehen, angesichts der Tatsache, daß es im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde steht, ein Bußgeldverfahren einzuleiten (§ 47 I S.1 OWiG). Deswegen muß nicht jedes rechtswidrige Verhalten geahndet werden. Es reicht aus, wenn das Bundeskartellamt nur in wirtschaftlich bedeutenderen Fällen Bußgelder verhängt ²⁾. Ein Betroffener kann nicht darauf vertrauen, daß sein Verhalten rechtmäßig ist, wenn ihm bekannt ist, daß das Bundeskartellamt einen Ermessensspielraum hat ³⁾. Diese Frage des Ermessens ist für das formelle Verwaltungsverfahren umstritten ⁴⁾. Es bedarf hier aber keiner Klärung, falls die passive Duldung rechtswidrigen Verhaltens durch die einschlägigen Behörden nicht schuldausschließend wirkt ⁵⁾.

Ein Urteil des Kammergerichtes aus dem Jahre 1971 ⁶⁾ weist jedoch in diese Richtung. Ein Betroffener war davon ausgegangen, daß ein Exportkartellvertrag, der nicht bei der Kartellbehörde angemeldet ist, zwar nach deutschem Kar-

1) KG, Urteil v. 16.7.80, WuW/E OLG 2452, 2456.

2) KG, Urteil v. 7.12.77, WuW/E OLG 1934 "Uhrmacherpreise".

3) Strauss, Die Richtlinien der Rechtsprechung für die Vermeidbarkeitsprüfung beim Verbotsirrtum (Diss.), München 1986, S.117 f.

4) Wohl h.M. für ein Ermessen der Kartellbehörde; vgl. BGH, Urteil v. 3.4.75, WuW/E BGH 1345; BB 76, 1238; WuW/E OLG 1501, 1510; a.A. K.Schmidt, Aufgaben und Leistungsgrenzen der Gesetzgebung im Kartellrecht, 1978, S.56 ff.

5) Mattil, ZStW 74 (1962), 201, 243 m.w.Nachw.; BGH, VRS 10, 362, Nr.147.

6) KG, Urteil v. 12.11.71, WuW/E OLG 1219 "Ölfeldrohre".

tellrecht zivilrechtlich unwirksam ist, seine Erfüllung aber nicht ordnungswidrig. "Zu dieser Auffassung kann das Verhalten des Bundeskartellamtes beigetragen haben, das im Jahre 1966 keine Bußgelder verhängt hat, obwohl die Kartellverträge vom 1. Januar und 1. Juni 1962 rd. vier Jahre ohne Anmeldung durchgeführt worden sind. Angesichts dieser Erfahrungen handelte der Betroffene zu 3) jedenfalls unvorwerfbar, ohne das Bewußtsein etwas Unerlaubtes zu tun ... 1)." "

Das Kammergericht begründete die Unvermeidbarkeit u.a. also mit der Untätigkeit der Kartellbehörden.

Es ist aber zu berücksichtigen, daß die Ausführungen zum Verbotsirrtum als "obiter dictum" anzusehen sind, da das Gericht keine Auswirkungen des Kartellvertrages auf den Inlandsmarkt feststellte und somit der Tatbestand des § 1 GWB nicht erfüllt war. Der Bundesgerichtshof stützte die Ablehnung eines Bußgeldes allein auf das Fehlen des objektiven Tatbestandes. Darüber hinaus lag auch noch die Rechtsauskunft einer Rechtsabteilung vor.

Es fragt sich, ob aus dem Kammergerichtsurteil Schlüsse gezogen werden können, die über den entschiedenen Fall hinausgehen. Angesichts des neueren Urteils aus dem Jahre 1980 ²⁾ und der Umstände des Falles kann jedenfalls aus der Untätigkeit der Kartellbehörde allein keine Rechtmäßigkeit des Verhaltens abgeleitet werden.

Hat der Betroffene die Kartellbehörde von seinem Verhalten in Kenntnis gesetzt und wird er in seiner Rechtsauffassung noch durch andere bestätigt, besteht kein Anlaß für ihn, an der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens zu zweifeln.

1) KG, Urteil v. 12.11.71, WuW/E OLG 1219, 1225.

2) KG, Urteil v. 16.7.80, WuW/E OLG 2452 "Meierei Zentrale".

Die Art des kartellwidrigen Verhaltens ist dabei auch relevant. Je offensichtlicher oder krasser das Verhalten im Gegensatz zum Gesetz steht, desto weniger kann sich der Betroffene auf die bloße Untätigkeit der Behörde berufen.

Auch aus dem Beschluß des Landgerichts Nürnberg-Fürth aus dem Jahre 1956 ¹⁾, lassen sich Schlüsse für die Anwendung des Kartellrechts heute nur unter Vorbehalt ziehen. Der angeschuldigten Mitinhaberin von Filmtheatern in Nürnberg wurde vorgeworfen, Absprachen getroffen zu haben, die den Ausschluß von Personen vom Marktgebiet bezweckten. Diese wettbewerbsbeschränkenden Abreden sollten gegen Art.I 2; V 9c 2; VII 12 Gesetz Nr.56 verstoßen. Abgesehen davon, daß der objektive Tatbestand nicht erfüllt war, wurde auch aus subjektiven Gründen das Hauptverfahren nicht eröffnet. "Die Angeschuldigten weisen darauf hin, daß sie nicht erst seit 1953, sondern bereits seit Beginn ihrer Tätigkeit in ihren Häusern die erwähnten Vereinbarungen getroffen hatten, ohne daß sie jemals beanstandet worden wären, insbesondere auch nicht von dem amerikanischen Filmoffizier, zu dessen Hauptaufgabe die Überwachung der Einhaltung der amerikanischen Dekartellierungsbestimmungen gehört habe und der den Betrieb des (Filmtheaters) bis 1951 ständig genauestens überwacht habe. Auch die Ermittlungen haben ergeben, daß die jetzt beanstandete Praxis bereits seit Jahren bestanden hat. Den Angeschuldigten wird daher nicht nachzuweisen sein, daß sie sich bewußt gewesen wären, etwas Strafbares zu tun, ohne daß sie bei der Zweifelhafteigkeit der Rechtslage bei gehöriger Anspannung ihres Gewissens etwas Verbotswidriges mit ihrem Tun hätten erkennen können."

1) LG Nürnberg-Fürth, Beschluß v. 29.12.56, WuW/E LG/AG 48, 49.

Aus den Ausführungen ergibt sich, daß das Gericht auf den fehlenden Anlaß zur Prüfung abgestellt hatte. Wegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, bei Zweifeln des Betroffenen Unrechtsbewußtsein anzunehmen, wäre heute ein anderes Ergebnis zu erwarten.

In den beiden angesprochenen Entscheidungen, in denen die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums u.a. auch mit der Untätigkeit der Kartellbehörden begründet wurde, lag schon der objektive Tatbestand nicht vor, so daß die Ausführungen zum Verbotsirrtum nur hilfsweise ergingen.

Auf eine einhellige feste Rspr. läßt sich bei der Bewertung der behördlichen Duldung von Kartellverstößen nicht zurückgreifen. Die Duldung, vor allem, wenn der Betroffene davon ausgehen konnte, die Behörde werde nicht einschreiten, kann aber das Verschulden mindern und bei der Bemessung der Geldbuße berücksichtigt werden ¹⁾ (§ 17 II OWiG). Bereits das Fehlen von Kontrollen kann einen Tatanreiz darstellen, der mildernd ins Gewicht fällt ²⁾.

5. Zusammenfassung

Die Rechtsauskunft des Anwaltes wurde insbesondere unter dem Blickwinkel betrachtet, wie weit sich ein Ratsuchender auf sie verlassen darf. Beim Bundeskartellamt liegt hingegen der Schwerpunkt auf der Frage, wann der Betroffene von der Meinung des Amtes abweichen kann.

Dieses Problem liegt in der Natur der Sache, ohne daß dadurch die Rolle der Kartellbehörde unterbewertet werden

1) Tiedemann, in: Immenga/Mestmäcker, §38, Rdnr.260; OLG Karlsruhe, NJW 1975, 793.
eine entschuldigende Wirkung wird jedoch ausdrücklich abgelehnt; weitergehend aber R.Schmitt, Ordnungswidrigkeitenrecht, dargestellt für den Bereich der Wirtschaft, 1970, S.33.

2) Stree, in: Schönke/Schröder, § 46, Rdnr.24 m.w.Nachw.

soll. Vertritt der Betroffene die Ansicht des Bundeskartellamtes, ist die Einleitung eines Verfahrens durch Staatsanwalt oder Behörde selbst unwahrscheinlich. Obwohl der Konflikt zwischen der Meinung der Kartellbehörde und einem qualifizierten Anwalt schon wiederholt auftrat, kann von einer endgültigen Klärung nicht gesprochen werden ¹⁾. Bisher hat es der Bundesgerichtshof in den konkreten Fällen vermieden, diese Frage zu entscheiden und hat andere Begründungen herangezogen.

Dies schafft nicht nur eine Unsicherheit für die Betroffenen, sondern ebenso für die Anwälte, die die Mandanten auch über die Erfolgsaussichten einer vom Kartellamt abweichenden Rechtsmeinung beraten müssen.

Hat eine Kartellbehörde auf Anfrage über ein Rechtsproblem Auskunft erteilt, so kann der Betroffene sich nur auf sie berufen, falls er den Sachverhalt und seine Ziele deutlich gemacht hat. Die Beratung über eine abstrakte Rechtsfrage ohne den tatsächlichen Bezug herzustellen, kann nicht schuld mindernd wirken ²⁾. Eine Auseinandersetzungspflicht wie beim anwaltschaftlichen Rat, besteht bei der Auskunft durch die Kartellbehörde nicht.

Hat die Kartellbehörde auf eine langjährige ordnungswidrige Praxis nicht reagiert, kann sich der Betroffene hierauf berufen, falls er von der Kenntnis der Behörde ausgehen konnte. Ob ein Rechtswidrigkeitsirrtum deshalb aber unvermeidbar ist, hängt vom Einzelfall ab. Eine Schuld minderung ist jedenfalls anzunehmen. Die auffällige Größzügigkeit bei der Vermeidbarkeitsprüfung in Fällen, in denen das Gericht schon den objektiven Tatbestand ³⁾ ab-

1) Für das Wettbewerbsrecht: Unrechtsbewußtsein wegen Verwarnungsschreiben trotz anwaltschaftlichen Rates Pastor, Das wettbewerbliche Unterlassungs- und Schadensersatzrecht, 1981, S.221; vgl. OLG Bremen, Beschluß v. 24.11.69, BB 1970, 1320.

2) Ebenso Müller/Gießler/Scholz, § 38, Rdnr.12.

3) KG, Urteil v. 12.11.71, WuW/E OLG 1219, 1225 "Ölfeldrohre".

gelehnt hat, muß bei der Auswertung dieser Urteile berücksichtigt werden.

Beruft sich der Betroffene im Prozeß auf eine Duldung durch das Bundeskartellamt, folgt hieraus, daß er während der Praktizierung der Kartellordnungswidrigkeit Zweifel an der Rechtmäßigkeit hatte. Ansonsten hätte er die Untätigkeit der Behörde nicht in seine Überlegungen einbeziehen können.

Hat er hingegen gar nicht an der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens gezweifelt, kann er sich im Rahmen der Vermeidbarkeit des Irrtums nicht auf die Untätigkeit berufen, da er zur Zeit der Tathandlung auch nicht mit einem Eingreifen der Kartellbehörde rechnete. Ob die Kartellbehörden nach einiger Zeit der Untätigkeit mit Bußgeldsanktionen gegen den Betroffenen vorgehen dürfen, ist deshalb keine Frage der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums, sondern vielmehr, ob sich die Behörde im Widerspruch zu ihrer eigenen vorangegangenen (Un-)Tätigkeit setzt.

II. Judikatur als Informationsmöglichkeit

1. Strafrechtliche Grundsätze

Eine besondere Bedeutung bei der Beurteilung des Umfanges der Erkundigungspflichten im Kartellrecht kommt der Frage zu, wieweit der Betroffene von der Rechtsprechung abweichen darf, bzw. sie heranziehen muß. Darf er eine von bereits entschiedenen ähnlichen Fällen abweichende Meinung vertreten oder begründet dies einen Verschuldensvorwurf? Liegen bereits in derselben Sache vorinstanzliche nicht rechtskräftige Urteile vor, stellt sich ebenfalls die Frage, ob der Täter eine hiervon abweichende Ansicht vertreten darf.

Bei der Auslegung von Gesetzen kommt der Rechtsprechung die entscheidende Autorität zu ¹⁾. Der Täter soll immer dann entlastet sein, wenn die Rechtsprechung einhellig oder wenigstens ganz überwiegend in seinem Sinne entschieden hat ²⁾ bzw. er auf die Richtigkeit eines vorausgegangenen richterlichen Urteils, sei es in eigener Sache oder in einer gleichgelagerten Sache vertraut ³⁾. Das Vertrauen ist aber nur solange berechtigt, wie dieses Urteil nicht durch die Entscheidung eines höheren Gerichts überholt ist und dies dem Betroffenen auch bekannt ist. Aufgrund der Vielzahl der normativen Tatbestandsmerkmale bekommt die Rechtsprechung im Kartellrecht und damit auch die Frage der Verlässlichkeit ein besonderes Gewicht.

Selbst im Strafrecht bereitet es aber schon Schwierigkeiten festzustellen, in welchem Umfang der Täter sich auf Gerichtsurteile verlassen darf ⁴⁾. Strafflos soll der Täter bleiben, wenn sein Verhalten nach der Rechtsprechung zur Tatzeit nicht strafbar war, obwohl der Richter nicht gehindert ist, im Wege der Gesetzesauslegung die Tat in einem neuen Fall für strafbar zu erklären. Das Rückwirkungsgebot des Art.103 II GG i.V.m. § 1 II StGB gilt nicht. Aus Gründen der Rechtssicherheit soll den Täter jedoch die frühere Rechtsprechung, auf die dieser sich gestützt hat, entlasten, auch wenn diese von der heutigen

1) D.Meyer, JuS 1979, 250, 253; Jakobs, 19.Abschn., Rdnr.25; BGHSt 15, 156 ff., 158.

2) Dreher/Tröndle, § 17, Rdnr.9; Cramer, in: Schönke/Schröder, § 17, Rdnr.18; Schroeder, in: Leipziger Kommentar, § 59, Rdnr.208; Rudolphi, in: System, Kommentar, § 17, Rdnr.37; ders., Unrechtsbewußtsein, 1969, S.104 m.w.Nachw.

3) Mattil, ZStW 74 (1962), 201, 243, Fn.222 m.w.Nachw.

4) Cramer, in: Schönke/Schröder, § 17, Rdnr.17; Rudolphi, in: System Kommentar, § 17, Rdnr.73; Schroeder, in: Leipziger Kommentar, § 17, Rdnr.32 ff.

Rechtsprechung als falsch angesehen wird.

Da die Gerichte, von wenigen Ausnahmen abgesehen ¹⁾, an die Rechtsprechung eines anderen Gerichtes nicht gebunden sind, soll der Täter nicht auf die ihm genehme Ansicht vertrauen dürfen, falls die Auslegung des Gesetzes in der Rechtsprechung kontrovers ist ²⁾. Ein Irrtum soll aber dennoch unvermeidbar sein, wenn der Täter sich auf das höhere Gericht oder die jüngere Entscheidung des gleichen Gerichtes verläßt ³⁾. Kann der Täter nicht vorhersehen, welcher Rechtsstandpunkt mehrerer oberer Gerichte sich schließlich durchsetzen wird, ist es eine Frage der Zumutbarkeit, ob er die möglicherweise rechtswidrige Handlung unterlassen muß, bis die Rechtslage eindeutig geklärt ist ⁴⁾. So soll einem Gewerbetreibenden nicht zugemutet werden, einen Teil seines Gewerbes aufzugeben, weil bei den zuständigen Behörden oder Gerichten Meinungsverschiedenheiten über die Zulässigkeit des Verkaufes bestimmter Waren bestehen. ⁵⁾ Wer irrtümlich von der Verfassungswidrigkeit einer Verbotsnorm ausgeht und sich dabei auf den Standpunkt eines höheren Gerichts stützen kann, soll ebenfalls entschuldigt sein ⁶⁾. Hat ein Gericht noch nicht entschieden, genügt es nicht, wenn der Täter nur davon ausgeht, daß eine Norm wegen des Verstoßes gegen "höheres Recht" ungültig sei. Er muß zugleich annehmen, daß die zur Entscheidung über die Gültigkeit

1) Ausnahmen: §§ 113 VerfGG; 138 GWB, 358 I StPO.

2) D.Meyer, JuS 1979, 250, 253; OLG Stuttgart, Urteil v. 7.9.66, NJW 1967, 122.

3) Vgl. OLG Bremen, Urteil v. 30.9.59, NJW 60, 164.

4) Warda, FS Hans Welzel 1974, S.199 ff.; Cramer, in: Schönke/Schröder, § 17, Rdnr.19 m.w.Nachw.

5) OLG Bremen, Urteil v. 30.9.59, NJW 1960, 169.

6) OLG Celle, Urteil v. 28.11.55, MDR 1936, 436.

berufenen Stellen ebenso erkennen w e r d e n ¹⁾.

2. Ältere kartellrechtliche Rechtsprechung

Aus den Grundsätzen der Rechtsprechung folgt, daß erst eine umfangreiche Kasuistik zur erwünschten Rechtssicherheit führt ²⁾. Die Gerichte sind sich der besonderen Schwierigkeit der GWB-Tatbestände bewußt, gehen aber davon aus, daß die Betroffenen diese anhand von Entscheidungen in der Regel nachvollziehen können. Einzelne Tatbestandsmerkmale des § 26 II GWB sind nach Ansicht des Bundesgerichtshofes in besonderem Maße auslegungsbedürftig ³⁾. Eine Auslegung sei aber nach den anerkannten Regeln der Norminterpretation möglich und vom Normadressaten angesichts der zahlreichen Entscheidungen zu § 26 II GWB nachvollziehbar. Das Gericht betont, daß die einzelnen Tatbestandsmerkmale in einer Vielzahl höchstrichterlicher Entscheidungen weiter konkretisiert worden seien. Tatsächlich machten Betroffene hinsichtlich der Dekartellierungsbestimmungen, den Vorgänger eines GWB, häufig einen Verbotsirrtum geltend, über den in erster Instanz das Landgericht zu entscheiden hatte ⁴⁾. Diese Entscheidungen

1) Jakobs, 19.Abschn., RdNr.25 m.w.Nachw.; BGHSt 15, 156 ff., 158, Sperrdruck im Original.

2) G.Meier, WuW 1983, 225.

3) BGH, Beschluß v. 23.4.85, WuW/E BGH 2145 "Nordmende".

4) LG Braunschweig, Urteil v. 18.6.52, 805, bestätigt durch Urteil des BGH v. 5.3.53, WuW 53, 475; BGH, Urteil v. 3.6.53, WuW/E BGH 49; LG Hamburg, Urteil v. 6.3.52, WuW 52, 649 ff.; WuW 52, 644 ff.; bestätigt im Urteil des BGH v. 15.12.53, WuW/E BGH 58 "Nordmark"; BGH, Urteil v. 9.5.54, WuW/E BGH 71 "Nordmark"; BGH, Urteil v. 23.9.55, WuW/E BGH 118 "Zement".

können, obwohl sie zeitlich weit zurückliegen, insoweit herangezogen werden, als sie sich ausdrücklich auf die grundlegende Entscheidung des Bundesgerichtshofes zum Verbotsirrtum (BGHSt 2, 194) stützen ¹⁾. Durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 27. Januar 1966 wurden die Grundsätze der Vermeidbarkeitsprüfung im Kartellrecht konkretisiert, aber auch unter Berufung auf das genannte Urteil des Bundesgerichtshofes (BGHSt 2, 194).

Im Jahre 1953 berücksichtigte das Oberlandesgericht Hamburg die kurze Zeit des Bestehens der gesetzlichen Regelung in seiner Beurteilung (Gesetz Nr. 56/VO Nr. 78) ²⁾. Der Beklagte hat das Vertriebssystem des Klägers durchbrochen. Da der Bundesgerichtshof aber ausgesprochen hatte, daß es schuldausschließend sein kann, wenn ein Vertragspartner gegen die vereinbarte Kundenschutzvereinbarung verstößt, falls er diese wegen der Dekartellierungsbestimmungen irrtümlich für unverbindlich hält ³⁾, nahm das Oberlandesgericht Hamburg hier ebenfalls einen nicht vorwerfbaren Verbotsirrtum an. In verstärktem Maße muß ein Irrtum über die Zulässigkeit der Vertriebsbindung einem Dritten (dem Beklagten) zugutekommen, der nicht einmal als Partner an dem rechtlich zweifelhaften Vertrag beteiligt war.

Durch die Zeit des Bestehens des Kartellrechts hat sich der Maßstab erhöht, da die einzelnen Tatbestandsmerkmale und der Anwendungsbereich des Kartellrechts konkretisiert wurden. 1969 ging das Bundeskartellamt beispielsweise davon aus, daß ein Geschäftsführer eine Vereinbarung über Kapazitätsrelationen wegen des zehnjährigen Bestehens nicht

1) BGH, Urteil v. 5.3.53, WuW 53, 475; Urteil v. 15.12.53, WuW/E BGH 58, Urteil v. 9.4.54, WuW/E BGH 71.

2) BGH, Urteil v. 3.6.53, WuW/E BGH 49 "Bierlieferung".

3) OLG Hamburg, Urteil v. 29.6.53, WuW/E OLG 93 "Kosmetika".

unvorwerfbar für erlaubt halten durfte ¹⁾.

3. Urteilsanalyse: Aufgabe der Anwälte und Mandanten

Zwar muß der Betroffene die Entscheidung zum Handeln selbst treffen und kann sie nicht abwälzen, aber die Anwälte sind für die Darstellung und Erläuterung der Rechtslage zuständig. Hier ist das Problem zu vertiefen, wieweit sich der Betroffene überhaupt selbst mit der einschlägigen Rechtsprechung auseinandersetzen muß, indem er prüft, ob die Tatbestände vergleichbar sind und sich aus dem Urteil Schlüsse für seinen Fall ziehen lassen.

Das Kammergericht ²⁾ sieht die Beurteilung in der vor-handenen höchstrichterlichen Rechtsprechung als eine Sache der beauftragten Juristen an, unterscheidet hiervon aber die Nachprüfungspflicht der mit der Geschäftsführung beauftragten Personen. Diese beinhaltet im Rahmen der Auseinandersetzung mit dem anwaltschaftlichen Gutachten, sich die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes erläutern zu lassen. Ob der Betroffene die Argumentation nachvollziehen kann, hängt u.a. von seiner intellektuellen Fähigkeit und der Schwierigkeit des Tatbestandes ab. Die mit der Geschäftsführung betrauten Personen müssen sich die Rechtsprechung soweit erläutern lassen, daß sie erkennen können, ob der Bundesgerichtshof einen anderen Standpunkt einnimmt als ihre Anwälte. Im Fall des Kammergerichtes vom 16. Oktober 1964 ³⁾ hätten die Geschäftsführer sich die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 14. Januar 1960 ⁴⁾ darlegen lassen müssen. Die Anwälte hatten sich auf sie

1) BKartA, Beschluß v. 6.1.69, WuW/E BKartA 1242, 1244 "Kalksandstein".

2) KG, Beschluß v. 16.10.64, WuW/E OLG 709 "Klinker".

3) KG, Beschluß v. 16.10.64, WuW/E OLG 709, 713 "Klinker".

4) BGH, Urteil v. 14.1.60, GRUR 1960, 353 "Kohlepreise".

gestützt, bei der Annahme, erst ab einem 5%igen Marktumsatz unterfalle eine Marktbeeinflussung dem § 1 GWB.

Insbesondere hätten sie sich aber das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 7. Juni 1962 ¹⁾, auf welches das Bundeskartellamt den Betroffenen verwiesen hatte, erläutern lassen müssen. Hierin kommt nach Ansicht des Kammergerichtes klar zum Ausdruck, daß jede, nach allgemeinen wirtschaftlichen Erfahrungen spürbare Einwirkung auf das Verhalten der Marktbeteiligten im Sinne von § 1 GWB geeignet ist, die Marktverhältnisse zu beeinflussen, es eine 5%-Grenze also nicht gibt.

Trotz der Meinung der Anwälte, dieser Grundsatz gelte nicht allgemein, sondern für die Berliner Verhältnisse, hätten die Geschäftsführer die Rechtswidrigkeit erkennen können. Sowohl Dörinkel ²⁾ als auch das Gutachten des Fachanwaltes betonten, daß nach ihrer eigenen Auffassung der Bundesgerichtshof den Anwendungsbereich des § 1 GWB übermäßig ausgedehnt hatte. Diese Meinung hätte die Betroffenen anhalten müssen, die maßgebliche Rechtsansicht des Bundesgerichtshofes zu beachten. Sie durften sich nicht gegen die höchststrichterliche Rechtsprechung auf die Meinung des Fachanwaltes verlassen, der das Urteil selbst richtig verstanden hatte, aber glaubte, eine andere Meinung für den vorliegenden Fall vertreten zu können. Es hätte den Betroffenen deshalb bei der Erläuterung des Gutachtens in der Rechtsprechung auffallen können und müssen, daß der Gutachter eine vom Bundesgerichtshof abweichende Rechtsauffassung vertrat. Die Pflicht, sich die Urteile erläutern zu lassen, trifft auch den nicht juristisch Vorgebildeten. Wenn der eigene Kenntnisstand es dem

1) BGH, Urteil v. 7.6.62 "SPAR", GRUR 1963, 543 ff. m. Anm. Dörinkel.

2) GRUR 1963, 543.

Betroffenen ermöglicht, die Zulässigkeit seines Vorhabens anhand von Rechtsprechung selbst zu prüfen, so hat er dies zu tun ¹⁾. Einem Vertriebsdirektor ist aufgrund seiner Position zuzumuten, zu überwachen, ob sein Verhalten mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Einklang steht. Das Auffinden der Urteile ist bei Hinweisen des Bundeskartellamtes für den Betroffenen unproblematisch. Trotz der weitgehenden Pflicht der Geschäftsführer, sich die Rechtslage anhand der Rechtsprechung erläutern zu lassen, um dabei einen Unterschied zwischen der Rechtsansicht des Gerichtes und des Anwaltes zu erkennen, ist ein unvermeidbarer Verbotsirrtum für den Betroffenen möglich. Der Geschäftsführer eines Produktionsunternehmens für Ölbrenner hatte nach Ansicht der Landeskartellbehörde gegen das Diskriminierungsverbot des § 26 II GWB verstoßen, da er Wartungsfirmen nicht mit Ersatzteile belieferte, die in das Vertriebssystem der Konkurrenz eingebunden waren (verkürzter Sachverhalt) ²⁾. Der beratende Rechtsanwalt hatte den Betroffenen anhand von Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in die Problematik des § 26 II GWB eingeführt. Er stellte dem Betroffenen Tatbestand und Entscheidungsgründe der EDV-Ersatzteile-Entscheidung ³⁾ dar, überbewertete bei der Interpretation dieser Entscheidung aber den Konkurrenzgesichtspunkt im Rahmen der Interessenabwägung bei der Bestimmung des normativen Tatbestandsmerkmals der "unbilligen" Behinderung. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes war es dem juristisch nicht vorgebildeten Betroffenen nicht anzulasten, daß er sich nach den genannten Urteilen von seinen Anwälten

1) KG, Urteil v. 6.12.79, WuW/E OLG 2205 "Jeans".

2) BGH, Beschluß v. 28.5.81, WuW/E BGH 1891 "Ölbrenner II".

3) BGH, Urteil v. 22.10.73, WuW/E BGH 1288 "EDV-Ersatzteile".

in der Meinung bestärken ließ, er dürfte Reparatur- und Wartungsunternehmen dann mit einer Liefersperre belegen, wenn diese wirtschaftlich und rechtlich in das Vertriebssystem eines seiner Konkurrenten eingegliedert sind. Gerade im Rahmen der normativen Tatbestandsmerkmale des § 26 II GWB besteht, trotz der langen Existenz des Kartellrechts, noch eine Rechtsunsicherheit. Auch wenn der Betroffene Erkundigungen einzieht und sich die Rechtsprechung erläutern läßt, führt es zu einem unvermeidbaren Verbotsirrtum, wenn der Anwalt die Rechtsprechung selbst mißdeutet.

Die Verurteilung der Nebenbetroffenen in einem einstweiligen Verfügungsverfahren, sowie im Hauptverfahren durch das Oberlandesgericht Frankfurt, die Firma Sisostra KG weiter zu beliefern, hätte keinen Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer Liefersperre gegen die Unternehmen Heinen und VETÖ hervorrufen müssen. Der Bundesgerichtshof nahm einen Verbotsirrtum an, da aus diesen Entscheidungen der Betroffene keine Rückschlüsse auf das vorliegende Verfahren ziehen mußte. Das Oberlandesgericht Frankfurt hatte die Verpflichtung zur Weiterbelieferung u.a. darauf gestützt, daß die Firma Sisostra im Gegensatz zu Heinen und VETÖ nicht an bestimmte Hersteller gebunden war. Der Betroffene konnte aufgrund seiner Ausbildung, seines Werdeganges und seiner Lebensumstände die Fehlinterpretation seiner Anwälte nicht entdecken, sonst hätte er weitere Informationen einholen müssen.

Herauszustellen ist, daß sich der Betroffene bei der Überprüfung der Rechtslage anhand der Rechtsprechung informieren muß. Einschlägige Urteile können ihn durch Abmahnung, Unterlassungsverfügung des Bundeskartellamtes oder durch seine Anwälte mitgeteilt werden, ansonsten hat er die Rechtsprechung zu erfragen.

Die Auswertung der Urteile hat der Betroffene bei entsprechendem Kenntnisstand und je nach Schwere des Problems selbst vorzunehmen. Ansonsten genügt es nicht, daß der Anwalt die Rechtsprechung in seine Überlegungen einbezieht, er muß diese dem Betroffenen auch erläutern. Der Mandant darf sich hinsichtlich der Beurteilung der Rechtsprechung, insbesondere ob sie auf den konkreten Fall anwendbar ist, auf den Anwalt verlassen. Er hat jedoch darauf zu achten, daß dieser nicht, wenn auch möglicherweise mit guten Argumenten, von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes abweicht, weil er sie für falsch hält.

4. Urteile in derselben Sache

Wegen der Möglichkeiten der Kartellbehörden, im formalen Verwaltungsverfahren und im Bußgeldverfahren vorzugehen, sowie der Schadensersatzklage des Geschädigten nach § 35 I S.1 GWB, stellt sich die Frage, inwieweit der Täter bzw. der Beklagte eine Ansicht vertreten darf, die von Entscheidungen in derselben Sache aus anderen Verfahren abweicht. Aufschlußreich ist das Urteil des Oberlandesgerichtes Stuttgart aus dem Jahre 1981 ¹⁾. Durch Verfügung vom 12.Mai 1980 ²⁾ untersagte die Landeskartellbehörde der Beklagten Herstellerin von Modelleisenbahnen, die Klägerin, Einzelhandelsfachgeschäft für Modelleisenbahnen, durch Nichtbelieferung zu diskriminieren. Über die hiergegen eingelegte Beschwerde hatte das Oberlandesgericht noch nicht entschieden, so daß die aufschiebende Wirkung hinsichtlich der Verfügung noch wirkte (§ 63 I Nr.2 GWB). Dennoch verklagte das Einzelhandelsfachgeschäft die Herstellerin auf Schadensersatz nach §§ 26 II, 35 I S.1 GWB wegen der Nichtbelieferung vom 1.Oktober 1978 bis

1) OLG Stuttgart, Urteil v. 30.4.81, WuW/E OLG 2700. "Modelleisenbahnen".

2) Landeskartellbehörde Baden-Württemberg, Verfügung v. 12.5.80, WuW/E LKartB 209 "Modelleisenbahnen".

30.Juni 1980.

Die Klägerin scheiterte, da es der Beklagten nicht als Verschulden angelastet wurde, daß sie die Klägerin bis zum 30.Juni nicht beliefert hatte. "Ein Verschulden setzt voraus, daß das Unternehmen bei gebotener Prüfung hätte erkennen können, daß keine Gründe für eine Lieferverweigerung vorlagen ¹⁾."

Zu entscheiden war vom Gericht, ob der Beklagten ein Verschuldensvorwurf gemacht werden konnte, da diese gegen die Verfügung der Landeskartellbehörde weiterhin die Klägerin nicht beliefert hatte. Im Urteil zitierte das Oberlandesgericht Stuttgart zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofes.

Im Urteil des Bundesgerichtshofes vom 8.April 1979 ²⁾ wurde das Berufungsurteil des Oberlandesgerichts Stuttgart aufrechterhalten, welches die Schadensersatzpflicht der Beklagten, Betreiberin eines Flughafens, gegenüber einem Luftfahrtunternehmen feststellte. Im Vorprozeß hatte das Landgericht der Beklagten untersagt, die Klägerin u.a. bei der Durchführung von gewerblichen Überlandflügen zu behindern. Das gegenteilige Oberlandesgerichtsurteil wurde auf Revision der Klägerin aufgehoben und das landgerichtliche Urteil wiederhergestellt ³⁾. Die Klägerin, die den Flugbetrieb einstellte, machte Schadensersatzansprüche geltend. Das Landgericht wies die Klage ab, das Oberlandesgericht und der Bundesgerichtshof gaben statt. Umstritten war insbesondere das Verschulden der Beklagten. Anders als bei Änderungen der höchstgerichtlichen Rechtsprechung ⁴⁾, lag kein unvermeidbarer Ver-

1) OLG Stuttgart, Urteil v. 30.4.81, WuW/E OLG 2700, 2701 "Modelleisenbahnen".

2) BGH, Urteil v. 18.4.79, BGH, NJW 1974, 1903 f.

3) BGH, Urteil v. 10.7.69, WM 1969, 1296.

4) BGH, Urteil v. 7.3.72, NJW 1972, 1045.

botsirrtum vor. "Das Vertrauen auf die Entscheidungsgründe der in den Vorprozessen ergangenen Urteile des Berufungsgerichtes reichte dafür nicht aus. Die rechtskräftigen Entscheidungen eines Oberlandesgerichts, mag es auch dasjenige sein, das für die nachfolgenden Prozesse zuständig ist, genügt nicht, um dem Schuldner die Gewißheit zu geben, das Oberlandesgericht habe die Rechtslage zutreffend beurteilt und er müsse nicht mit einer abweichenden Entscheidung anderer Gerichte oder des Bundesgerichtshofes rechnen. Die Parteien können sich in einem solchen Fall allein auf den Tenor des Urteils verlassen; dieser allein wird von der Rechtskraft erfaßt ¹⁾."

Das Verschulden der Beklagten wird also bejaht, da sie sich auf die Entscheidungsgründe im Vorprozeß verlassen hatte. Sie hätte aber nur aus dem rechtskräftigen Tenor Schlüsse hinsichtlich der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens ziehen dürfen.

Aus dem Fall läßt sich für die Frage, ob ein Betroffener eine andere Rechtsmeinung als die Vorinstanz vertreten darf, während er Rechtsmittel eingelegt hat, nichts folgern ²⁾. Von der Beklagten können wegen des Abbruches der Tätigkeit des Klägers schon vor dem landgerichtlichen Urteil keine schuldhaften Behinderungen mehr vorgenommen worden sein, danach erst recht nicht ³⁾. Zwar soll ein Täter sich auf den Tenor von Urteilen verlassen dürfen, hieraus läßt sich aber kein Schluß auf die Möglichkeit ziehen, eine davon abweichende Rechtsmeinung vertreten

1) BGH, Urteil v. 18.4.74, NJW 1974, 1903.

2) Vgl. Ritter, FS v. Hippel 1967, S.418, Fn.136.

3) Mißverständlich formuliert im Urteil des OLG Stuttgart, in BGH, NJW 1974, 1903 "wurde das Verschulden trotz des gegenteiligen Instanzenurteils bejaht" muß heißen: "wurde das Verschulden trotz gegenteiliger Entscheidungsgründe im Vorprozeß bejaht."

zu können. Durch die im Urteil hervortretende unterschiedliche Wertung des Tenors und der Gründe für den Verschuldensvorwurf läßt sich folgern, daß das Abweichen von Entscheidungsgründen eher entschuldigend ist, da diese nicht in Rechtskraft erwachsen.

Im zweiten zitierten Fall weicht der Täter nicht von einer rechtskräftigen Entscheidung in derselben Sache ab, sondern von einem nicht rechtskräftigen erstinstanzlichen Urteil. Insoweit besteht eine größere Ähnlichkeit mit dem Sachverhalt, den das Oberlandesgericht Stuttgart zu beurteilen hatte.

Das zweite zitierte Urteil des Bundesgerichtshofes ¹⁾ hob das Berufungsurteil auf, welches dem Klageantrag auf Feststellung der Schadensersatzpflicht entsprochen hatte. Das Berufungsgericht ging davon aus, daß die Beklagte nach Erlaß des erstinstanzlichen Urteils damit rechnen mußte, daß ihre Rechtsauffassung vom Gericht nicht geteilt wird. Sie sei demgemäß verpflichtet gewesen dafür zu sorgen, daß die rechtswidrigen Handlungen, im konkreten Fall die Verletzung von Urheberrechten, eingestellt werden. Der Bundesgerichtshof sah hingegen die Anforderungen des Berufungsgerichts an die im Verkehr zu beobachtende Sorgfalt als überspannt an und lehnte den Vorwurf an die Beklagte, fahrlässig gehandelt zu haben, ab. Die Beklagte könne trotz der ungünstigen Urteile in der Tatsacheninstanz an ihrer Rechtsauffassung festhalten und eine Klärung der Rechtslage durch eine höchstrichterliche Entscheidung abwarten, ohne sich einem Schuldvorwurf auszusetzen. Dies soll aber nur gelten, falls sich zu einer schwierigen Rechtsfrage noch keine als herrschend anzusehende Meinung gebildet hat, der Betroffene sich auf die Stellungnahme namhafter Fachjuristen berufen kann und die Beurteilung

1) BGH, Urteil v. 18.5.55, BGHZ 17, 226.

für den gesamten Geschäftsbetrieb von weittragender Bedeutung ist, also die Einstellung der Tätigkeit bis zur endgültigen gerichtlichen Klärung unzumutbar ist. Das Oberlandesgericht Stuttgart folgt im Ergebnis diesem Urteil des Bundesgerichtshofes, obwohl die Betroffene keinen Anwalt eingeschaltet hatte. Entscheidend war die Schwierigkeit für die Betroffene bei der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung und des sachlich gerechtfertigten Grundes, da die Beklagte sich in einer Mangel-lage befand und die Verpflichtung, die Nachfrage anteilig zu befriedigen, umstritten ist ¹⁾. Auch hatten mehrere Oberlandesgerichte ein Verschulden im Rahmen des § 26 II GWB verneint. Das Oberlandesgericht Stuttgart zitierte das Oberlandesgericht Karlsruhe ²⁾, das einen unvermeidbaren Verbotsirrtum angenommen hatte, das Oberlandesgericht Düsseldorf ³⁾, das gleichfalls einen die Fahrlässigkeit ausschließenden unvermeidbaren Verbotsirrtum angenommen hatte und das Oberlandesgericht Stuttgart ⁴⁾, daß das Verschulden des Beklagten abgelehnt und deshalb dem Kläger keinen Schadensersatz zugesprochen hatte.

Der im Urteil des Oberlandesgerichtes Stuttgart aufgestellte großzügige Verschuldensmaßstab kann aber nicht als feste Rechtsprechung im Kartellrecht angesehen werden.

Das Landgericht Düsseldorf ⁵⁾ maß dem Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 4. Dezember 1979 ⁶⁾, welches in derselben Sache ergangen war, große Bedeutung bei. Die

-
- 1) Bejahend: KG, Beschluß v. 9.7.74, WuW/E OLG 1507, 1512 "Chemische Grundstoffe II"; Müller/Gießler/Scholz, § 26, Rdnr.82 m.w.Nachw.; Langen/Niederleithinger, § 26, Rdnr. 197 m.w.Nachw.; verneinend: Benisch, in: GK, § 26 II, Anm.38; Frankfurter Kommentar, § 26, Anm.78; Baur, BB 1974, 1589, 1594.
 - 2) Gemeint war das OLG Düsseldorf, Urteil v. 28.8.79, WuW/E OLG 2163, 2166 "Ölbrenner".
 - 3) OLG Düsseldorf, Urteil v. 4.12.79, WuW/E OLG 2167, 2171 "Nordmende".
 - 4) OLG Stuttgart, Urteil v. 27.6.80, WuW/E OLG 2352.
 - 5) LG Düsseldorf, Urteil v. 27.2.83, WuW/E LG/AG 505.
 - 6) OLG Düsseldorf, Urteil v. 4.12.79, WuW/E OLG 2167 "Nordmende Allkauf".

Klägerin Allkauf, Betreiberin von SB-Verbrauchermärkten, hatte sowohl Nordmende (Beklagte zu 1)) mit dem Antrag verklagt, in das Vertriebssystem ihrer elektrischen Produkte aufgenommen zu werden, als auch die Vertriebsgesellschaft von Nordmende (Beklagte zu 2)), mit dem Antrag, mit allen bestellten Gegenständen beliefert zu werden. Von beiden verlangte Allkauf auch Schadenersatz. Mit rechtskräftigem Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf ¹⁾ war die Lieferpflicht von Nordmende an die Klägerin festgestellt worden. Im einstweiligen Verfügungsverfahren wurde auch die Vertriebsgesellschaft durch Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 13. Januar 1981 ²⁾ verurteilt, 25 Filialen der Klägerin mit Fernsehgeräten zu beliefern. Das Landgericht sah in der Lieferverweigerung einen schuldhaften Verstoß gegen § 26 II GWB, obwohl das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 4. Dezember 1979 formaljuristisch für die Beklagte zu 2) nicht bindend war. Darüber hinaus hatte die Beklagte zu 2) die Änderung der tatsächlichen Verhältnisse und der Rechtsprechung seit der Entscheidung vom 4. Dezember 1979 geltend gemacht. Sie führte aus, die Marktverhältnisse hätten sich geändert. Zur Wettbewerbsfähigkeit des Handelns wäre nicht mehr das Führen von vier bis fünf Marken erforderlich, sondern der Fachhandel habe sich auf drei bis vier Marken beschränkt. Das Gericht erhob hierüber aber nicht Beweis, da es davon ausging, daß die Klägerin noch nicht einmal über gesicherte Lieferbeziehungen zu drei inländischen Fabrikaten verfügt. Die Beklagte hätte wissen müssen, daß der Bundesgerichtshof nur auf inländische Marken abstellt. Die Beklagten

-
- 1) Erstmalige Entscheidung des OLG Düsseldorf, Urteil v. 2.10.78, WuW/E OLG 1913 "Allkauf"; vom BGH, Urteil v. 17.1.79, WuW/E BGH 1567, aufgehoben.
 - 2) OLG Düsseldorf, Urteil v. 13.1.81, WuW/E OLG 2390 "Nordmende III".

beriefen sich auch auf eine Änderung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes durch das Urteil vom 30.Juni 1981 ¹⁾, in dem der Bundesgerichtshof ausführte, die Abhängigkeit müsse für jeden Teilmarkt besonders geprüft und festgestellt werden. Es könne deshalb nicht davon ausgegangen werden, daß eine Abhängigkeit der Klägerin für alle Warenbereiche wie Farbfernseher, Schwarz-Weißfernseher, Audiogeräte, Hifi-Geräte, Video-Geräte besteht. Die Auffassung des Bundesgerichtshofes war für das Landgericht jedoch nicht überzeugend. Die Beklagten, die seit dem Urteil vom 4.Dezember 1979 die Grundsätze der Rechtsprechung über die Belieferungspflicht kennen, müssen sich an sie halten - "auch wenn sich nach Meinung der Beklagten die tatsächlichen Verhältnisse zwischenzeitlich geändert haben, bis eine anderweitige abschließende gerichtliche Feststellung getroffen wird" ²⁾.

Hier stellte das Landgericht die Rechtssicherheit in den Vordergrund. Gravierender Unterschied zum Fall des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 30.April 1981 ³⁾ war, daß hier schon eine rechtskräftige Verurteilung stattgefunden hatte und der Bundesgerichtshof selbst die Voraussetzungen des § 26 II S.2 GWB bejaht hatte, während dort erst eine noch nicht rechtskräftige Entscheidung der Landeskartellbehörde vorlag. Übereinstimmend war aber Grundlage beider Entscheidungen die komplizierte Regelung des § 26 II GWB.

Das landgerichtliche Urteil läßt den Schluß zu, daß der Täter sich nicht immer auf die höchstrichterliche Rechtsprechung berufen darf bzw. kann. Vielmehr betonte das

1) BGH, Urteil v. 30.6.81, WuW/E BGH 1814 "Allkauf - Saba".

2) OLG Düsseldorf, Urteil v. 21.2.83, WuW/E LG/AG 505 f. "Allkauf - Nordmende".

3) OLG Stuttgart, Urteil v. 30.4.81, WuW/E OLG 2700 "Modell-eisenbahnen".

Landgericht gerade die Bedeutung der Rechtsprechung, die in derselben Sache bereits ergangen ist. Zwar war die Entscheidung juristisch für den Beklagten zu 2) nicht bindend, da sie aber in mehreren Instanzen überprüft wurde, konnte der Beklagte zu 2) nicht von ihr abweichen, ohne schuldhaft zu handeln.

Hier zeigt sich die Grenze, in der ein Betroffener schuldlos eine andere Rechtsansicht vertreten kann. Liegt eine noch nicht rechtskräftige Entscheidung der Landeskartellbehörde vor, kann der Betroffene schuldlos einen anderen Standpunkt vertreten, während das Abweichen von einem Rechtsstandpunkt, der von mehreren Gerichten in anderen Verfahren vertreten wurde, nicht möglich ist.

5. Uneinheitliche Rechtsprechung

a) Instanzengerichte

Liegt eine einheitliche Rechtsprechung vor, ist es für den Betroffenen leichter, die Rechtmäßigkeit seines Handelns zu erkennen, als wenn noch keine einschlägigen Urteile ergangen sind. Dies müssen die Gerichte bei der Vermeidbarkeitsprüfung zugunsten eines Betroffenen berücksichtigen.

Der Bundesgerichtshof hat auch tatsächlich durch Beschluß vom 1. Dezember 1981 ¹⁾ den Freispruch des Oberlandesgerichts München ²⁾ von Gesellschaftern einer Vertriebsgesellschaft für Transportbeton bestätigt, weil noch keine gefestigte Rechtsprechung hinsichtlich des fraglichen Problems bestand.

1) BGH, Beschluß v. 1.12.81, WuW/E BGH 1901, 1904 "Transportbeton Vertrieb II".

2) OLG München, Beschluß v. 2.5.79, Az: Kart.1/78, unveröffentlicht.

Die Betroffenen verletzten nicht schuldhaft § 1 I S.1 GWB durch die faktische Beschränkung des Wettbewerbs, weil sie in der relevanten Zeitspanne von 1968 bis 1973 auf die "Gegenstandstheorie" vertrauen durften. Der Subsumtionsirrtum, der als Verbotsirrtum zu werten ist, war nicht vermeidbar "angesichts der seinerzeit bekannt gewordenen Spruchpraxis zum Problem der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Verkaufsgemeinschaften ... mangels Vorhandensein einer gefestigten einheitlichen Verwaltungs- oder Spruchpraxis (konnten) auch weitergehende Erkundigungen zu keinem anderen Ergebnis führen" ¹⁾. Der Bundesgerichtshof berücksichtigte auch die uneinheitliche Rechtsprechung zugunsten des Betroffenen, stellte aber in den Vordergrund, daß noch keine höchstrichterlichen Entscheidungen vorliegen würden.

Darüber hinaus durften die Betroffenen davon ausgehen, daß die Voraussetzungen des § 1 GWB nur vorliegen, wenn konkrete Absprachen getroffen werden, da dies der damals herrschenden und auch vom zuständigen Bundesminister geäußerten Auffassung entsprach. Auch das Oberlandesgericht Düsseldorf ²⁾ hat mit dem Fehlen höchstrichterlicher Rechtsprechung und der Schwierigkeit der Materie einen unvermeidbaren Verbotsirrtum begründet, nachdem es vom Bundesgerichtshof ³⁾ aufgehoben worden war. Es hatte in seiner ersten Entscheidung ⁴⁾ die Abhängigkeit im Sinne von § 26 II S.1 GWB zwischen den Parteien abgelehnt, der Bundesgerichtshof bejahte sie jedoch. Das

1) OLG München, Beschluß v. 2.5.79, Az: Kart 1/78.

2) OLG Düsseldorf, Urteil v. 4.12.79, WuW/E OLG 2167 "Nordmende - Allkauf".

3) BGH, Urteil v. 17.1.79, WuW/E BGH 1567 "Nordmende".

4) OLG Düsseldorf, Urteil v. 21.2.78, WuW/E OLG 1913 "Allkauf".

Oberlandesgericht Düsseldorf hat aber den Schadenersatzanspruch nach § 35 I S.1 GWB verworfen, da es sich im konkreten Fall um eine schwierige Rechtsfrage handelte, für die es in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes noch keine Vorbilder gab. "Schon aus der Tatsache, daß der Senat die Auffassung der Beklagten zur Abhängigkeit geteilt hat, kann hergeleitet werden, daß die Rechtsansicht zumindest aus der Sicht des Ratsuchenden vertretbar war ¹⁾." Im Jahre 1957 herrschte über die Zulässigkeit der Preisbindung der zweiten Hand Unsicherheit. Das Oberlandesgericht Hamm ²⁾ und das Landgericht Köln ³⁾ hielten die Preisbindung nicht für zulässig. Selbst wenn die Richter die Preisbindung als zulässig ansahen, scheiterte eine Unterlassungsklage gegen Händler, die den gebundenen Zwischenhandel zum "Vertragsbruch" verleiten, an der fehlenden Lückenlosigkeit der Vertriebsbindung. Da die Einzelhändler über die ihnen günstige Rechtsprechung genau informiert waren, fehlte ihnen das Bewußtsein, fremden Vertragsbruch auszunutzen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf fügte hinzu, daß dies nur gilt, solange die unterschiedliche Rechtsprechung besteht und der Bundesgerichtshof nicht die Zulässigkeit der vertikalen Preisbindung bejaht hat ⁴⁾.

b) Instanzengerichte - Bundesgerichtshof

Besteht hingegen ein Urteil des Bundesgerichtshofes zum entscheidungserheblichen Problem, so hat der Betroffene keine Möglichkeit, unvorwerfbar einen anderen Standpunkt

-
- 1) OLG Düsseldorf, Urteil v. 4.12.79, WuW/E OLG 2167, 2171 "Nordmende - Allkauf".
 - 2) OLG Hamm, Urteil v. 13.9.56, WuW/E OLG 151 "Graetz"; OLG Hamm, Urteil v. 18.10.56, WuW/E OLG 167
 - 3) LG Köln, Urteil v. 27.2.57, WRP 1957, 87.
 - 4) OLG Düsseldorf, Urteil v. 1.4.57, WuW/E OLG 171, 176 "Sarotti".

zu vertreten. Ein Betroffener, der die Rechtmäßigkeit seines Handelns aus dem Kammergerichtsurteil vom 9. Oktober 1981 ¹⁾ ableitete und sich hierbei in Widerspruch zu einem älteren Urteil des Bundesgerichtshofes ²⁾ befand, beging einen vorwerfbaren Verbotsirrtum. "Das Kammergerichtsurteil konnte allenfalls Hoffnungen auf eine günstige künftige Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nähren ³⁾." Der Betroffene hätte aber sein Handeln an der geltenden Rechtslage genau überprüfen müssen und einen unabhängigen sachkundigen Dritten einschalten müssen. Die Parteien (und ihre Anwälte) können sich auf die höchstrichterliche Rechtsprechung verlassen, während dies für die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung umstritten ist. Obwohl die Oberlandesgerichte letzte Instanz im einstweiligen Verfügungsverfahren sind, kann der Betroffene nicht den vorläufigen Urteilen vertrauen ⁴⁾. Ein Abweichen von der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist selbst dann nicht entschuldigend, wenn auch das Oberlandesgericht die höchstrichterlichen Grundsätze falsch angewendet hat.

Baustoffhändler, im landgerichtlichen Verfahren die Betroffenen zu 8), 10), 11) hatten am 13. August 1965 mit sechs anderen eine Transportbeton Vertriebs GmbH & Co. KG gegründet und waren als Kommanditisten zum Teil auch Teilhaber der GmbH. Nach § 47 I GWB hatte die Landeskartellbehörde das Bußgeldverfahren eingestellt, aber nach § 30 I, IV OWiG in selbständigen Verfahren gegen die Betroffenen zu 8), 10), 11) Geldbußen festgesetzt.

1) KG, Urteil v. 9.10.81, unveröffentlicht.

2) BGH, Urteil v. 13.11.79, WuW/E BGH 1666 "Denkzettel Aktion".

3) KG, Urteil v. 28.1.85, WuW/E OLG 3543, 3547 "Kontakt-linsenpflegemittel".

4) OLG Frankfurt, WRP 1959, 149; a.A. Pastor, Das wettbewerbliche Unterlassungs- und Schadensersatzrecht, 1981, S. 222, 223.

Das Oberlandesgericht München sprach die Betroffenen frei ¹⁾, da es keinen objektiven Verstoß gegen § 38 I Nr.1 GWB annahm. Marktbeeinflussung sei nicht spürbar und die Betroffenen seien nicht nur kapitalistisch an der Vertriebsgesellschaft beteiligt, sondern ihre Rechtsstellung sei der eines OHG-Geschäftsführers angenähert. Darüber hinaus nahm das Oberlandesgericht München noch einen unvermeidbaren Verbotsirrtum an. Der Bundesgerichtshof ²⁾ widersprach dem Oberlandesgericht im Bereich des objektiven Tatbestandes und nahm einen Verstoß gegen § 1 S.1 GWB an. Er billigte dem Betroffenen auch keinen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu. Zum einen war der eingeholte Rat nicht vertrauenswürdig, zum anderen lag höchst-richterliche Rechtsprechung vor, aus der der Betroffene die Rechtswidrigkeit seines Tuns hätte erkennen können.

Daß eine spürbare Marktbeeinflussung vorlag, hätten die Betroffenen aus dem Urteil des Bundesgerichtshofes "Spar", BGHZ 37, 194, 200, sowie dem Urteil "Klinker", WuW/E BGH 726, 730 ersehen können. Darüber hinaus hatten die Betroffenen nicht die vom BGH ³⁾ niedergelegten Grundsätze über die Verwendung von Ausschließlichkeitsvereinbarungen berücksichtigt. Der Bundesgerichtshof widersprach ebenfalls der Auffassung des Oberlandesgerichtes, daß die Gesellschafter sich vertraglich zulässig verpflichten können, der Vertriebsgesellschaft selbst keine Konkurrenz zu machen. Das Oberlandesgericht stellte darauf ab, daß bei einer GmbH & Co. KG, bei der die Kommanditisten gleichzeitig Gesellschafter der GmbH seien, das Wettbewerbsverbot des § 112 HGB eingreift. Nach st.Rspr. des erkennenden Senates ist aber bei der Beurteilung der Frage,

1) OLG München, Beschluß v. 2.5.79, Az: Kart 1/78, unveröffentlicht.

2) BGH, Beschluß v. 1.12.81, WuW/E BGH 1901, 1909 "Transportbeton Vertrieb II".

3) BGH, Beschluß v.1.12.81, WuW/E BGH 1891 "Transportbeton Vertrieb".

ob eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung nach § 1 GWB vorliegt, nicht auf die Rechtsform abzustellen, die sich die Beteiligten geben ¹⁾.

Aus dem vom Bundesgerichtshof zitierten Urteil vom 17. Mai 1974 ²⁾ konnte der Betroffene aber nicht erkennen, daß nicht auf die Rechtsform abzustellen ist, da der Vertragsschluß bereits 1965 erfolgt war.

Die Bedeutung eines höchstrichterlichen Urteiles spiegelt sich auch in dem Zeitpunkt wider, ab dem Gerichte einem Täter den Vorwurf machen, schuldhaft zu handeln.

So unterlag der Beklagte (Nordmende) wegen der Schwierigkeit der Rechtsfrage einem unverschuldeten Verbotsirrtum ³⁾, als sie die Firma Allkauf (Klägerin) nicht belieferte.

Ab der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 17. Januar 1979 ⁴⁾ die feststellte, daß die Klägerin im Sinne von § 26 II GWB abhängig von der Beklagten ist, beurteilte das Oberlandesgericht Düsseldorf die Vermeidbarkeit anders. Es räumte der Beklagten aber ab der Kenntnismahme der Urteilsgründe eine Prüfungsfrist ein. Nach Ablauf dieser Frist muß der Beklagte dann die Klägerin mit ihren Produkten beliefern. Da die Klägerin aber nicht mit neuen Bestellungen an die Beklagte herantrat und nicht anbot, die Vertriebsbindungsregeln der Beklagten zu unterzeichnen, lag selbst nach dem BGH-Urteil kein schuldhafter Verstoß gegen §§ 26, 25 I S.1 GWB vor. Die Beklagte mußte nicht annehmen, daß die früheren Bestellungen der Klägerin von dieser noch aufrechterhalten wurden. Obiges BGH-Urteil vom 17. Januar 1979 ⁵⁾ war auch im Parallelprozeß der Firma SABA gegen Nordmende für den Verschuldensvorwurf von Be-

1) BGH, Urteil v. 1.12.81, WuW/E BGH 1901, 1904 "Transportbeton Vertrieb II".

2) WuW/E BGH 1313, 1315 "Stromversorgungsgenossenschaft".

3) OLG Düsseldorf, Urteil v. 4.12.79, WuW/E OLG 2167, 2171 "Nordmende - Allkauf".

4) BGH, Urteil v. 17.1.79, WuW/E BGH 1567.

5) BGH, aaO., Fn.4.

deutung. Die Beklagte hätte bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt aus dem Urteil folgern müssen, daß sie auch gegenüber der Klägerin einem Diskriminierungsverbot unterlag. Die Überlegungsfrist, die die Beklagte ab der Kenntnisnahme des BGH-Urteils durch einen Schriftsatz des Klägers hatte, konkretisierte das Gericht auf einen Monat ¹⁾. Auch im Rahmen des § 77 S.1 GWB kommt die Bedeutung der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Vergleich zu instanzgerichtlichen Entscheidungen zum Ausdruck.

Liegt noch kein Urteil des Bundesgerichtshofes vor, so stellt das Beharren auf dem angenommenen Rechtsstandpunkt kein grobes Verschulden im Sinne des § 77 S.2 GWB dar ²⁾. Verlassen darf sich der Betroffene auf die Meinung eines Instanzgerichtes, solange noch kein abweichendes höchstrichterliches Urteil ergangen ist ³⁾.

6. Zusammenfassung

Der Judikatur kommt die größte Bedeutung als Informationsquelle zu, da abweichende Standpunkte nur in einem sehr kleinen Rahmen vertreten werden dürfen. Liegt höchstrichterliche Rechtsprechung vor, kann der Betroffene sich weder auf den abweichenden Rat eines Anwaltes noch auf abweichende Instanzenrechtsprechung berufen. Selbst die falsche Bewertung der höchstrichterlichen Recht-

-
- 1) Vgl. auch Überlegungsfrist bei der Verletzung gewerblicher Schutzrechte, BGH, Urteil v. 8.7.64, GRUR 1967, 490, 494.
 - 2) OLG Bremen, Beschluß v. 2.10.81, WuW/E OLG 2604 "Butterfahrt".
 - 3) Pastor, Das wettbewerbliche Unterlassungs- und Schadensersatzrecht, 1981, S.220; anders OLG Düsseldorf, Urteil v. 13.10.61, GRUR 1963, 84, 86: Trotz Klageabweisung erster Instanz, Haftung wegen Verletzung eines Geschmacksmusterrechts auf Schadensersatz, weil sich der Beklagte sagen mußte, die Berufung werde möglicherweise zu einer Verurteilung führen.

sprechung durch das Oberlandesgericht begründet noch nicht die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums. Das gravierende Problem für den Betroffenen, welches heute besteht, liegt bei der Anwendbarkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die besonders im Rahmen des § 26 II GWB für den Betroffenen nicht vorhersehbar ist. "Die Schwierigkeit der rechtlichen Beurteilung der Abhängigkeit im Sinne von § 26 II S.2 GWB wird schon dadurch illustriert, daß fast alle hierzu ergangenen Revisionsentscheidungen des Bundesgerichtshofes auf Aufhebung und Zurückweisung lauten ¹⁾."

Die Gerichte ²⁾ nehmen deshalb zum Teil zwar die Schuldlosigkeit des Betroffenen an, der Stellenwert der höchstrichterlichen Rechtsprechung als Informationsquelle wird aber gering, wenn die Rechtslage selbst für Oberlandesgerichte schwierig zu erkennen ist. Liegt noch keine Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu einem Problem vor, ist entscheidend, ob sich eine einheitliche Spruchpraxis der Oberlandesgerichte gebildet hat. Liegt erst eine Entscheidung im einstweiligen Verfügungsverfahren vor, kann der Betroffene nicht auf sie vertrauen.

III. Literatur als Erkenntnisquelle

1. Umfassende Kenntnispflicht der Literaturmeinungen

Ob ein Betroffener rechtswidrig handelt, kann er am kostengünstigsten anhand von Kommentaren oder Aufsätzen feststellen. Dies erfordert jedoch ein hohes Maß an juristischen Fähigkeiten.

-
- 1) OLG Karlsruhe, Urteil v. 12.3.80, WuW/E OLG 17, 224 "Allkauf - Saba", aufgehoben durch BGH, Urteil v. 30.6.81, WuW/E BGH 1814 wegen falscher Beurteilung des § 26 II GWB.
2) OLG Karlsruhe, Urteil v. 12.3.80, aaO.; OLG Karlsruhe, Urteil v. 26.6.85, WuW/E OLG 3508.

Die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit durch das Studium von einschlägiger Literatur festzustellen, wird dem Betroffenen in der Regel zusammen mit der Möglichkeit, Schlüsse aus der Rechtsprechung zu ziehen genannt ¹⁾. Haben Rechtsprechung und Schrifttum noch keine festen Grundsätze entwickelt, kann dem Betroffenen ein Rechtsirrtum nicht vorgeworfen werden ²⁾. Falls das Bundeskartellamt nicht auf einschlägige Urteile hinweist, wird der Betroffene gerade über die Literatur entsprechende Urteile finden und in ihrer rechtlichen Bedeutung erläutert bekommen. Insbesondere in der Frühzeit des Kartellrechts spielten nicht nur Kommentare, sondern auch Aufsätze eine bedeutende Rolle. Der Betroffene stützte sich im Jahre 1960 auf den Kommentar Müller/Henneberg/Schwartz in seiner Anmerkung 3 und 4 zu § 25 GWB. Dort wurden nur solche Maßnahmen nach § 25 I GWB als unzulässig bezeichnet, die zu einem Verhalten veranlaßten, welches die Grundlagen des Kartellrechts (§ 1 GWB) verletzt, eine Unzulässigkeit gemäß § 15 GWB genüge nicht.

Der Betroffene hatte dem Kläger eine Liefersperre angedroht, falls dieser weiterhin einen speziellen Einzelhändler beliefern würde, der die unverbindlich empfohlenen Endverbraucherpreise nicht einhielt. Die Berufung gegen das klageabweisende erstinstanzliche Landgerichtsurteil hatte Erfolg. Der Beklagte wurde zum Schadensersatz nach § 35 I S.1 i.V.m. § 25 I GWB verurteilt ³⁾.

Er hätte sich nicht nur auf eine Stelle im Kommentar verlassen dürfen, sondern den Aufsätzen von Lutz zum Thema "Dürfen Wiederverkaufspreise durch ein Einzelunternehmen empfohlen werden?" in der NJW 1958, Heft, 4, S.128 vom 24. Januar 1958 beachten müssen. Die Aktualität des

1) OLG Stuttgart, Urteil v. 27.6.80, WuW/E OLG 2352, 2355; KG, Urteil v. 6.12.79, WuW/E OLG 2205, 2207 "Jeans".

2) OLG Stuttgart, Urteil v. 27.6.80, WuW/E OLG 2352, 2355.

3) OLG Hamburg, Urteil v. 14.4.60, WuW/E OLG 4352.

Themas und die große Verbreitung der Zeitschrift hätten den Betroffenen anhalten müssen, sich derart intensiv mit dem Problem auseinanderzusetzen. Bei der Beachtung der erforderlichen Sorgfalt hätte er die Rechtswidrigkeit seines Handelns erkennen können, da der Verfasser des Aufsatzes zu einem klar herausgestellten Ergebnis kommt: "Jeder Hersteller von Nichtmarkenwaren oder Markenwaren kann in seinen für die Abnehmer bestimmten Preislisten, Katalogen und dergleichen, sogenannte Bruttopreise aufführen, wenn sie lediglich Richtpreise zur Kalkulationserleichterung des Handels darstellen und für die Nichteinhaltung der bekannten Preise Nachteile (Liefer Sperre, Rabattkürzungen usw.) weder androhen noch zufügen werden ¹⁾."

Zwar kann der Betroffene aus Aufsätzen die Rechtswidrigkeit seines Tuns erkennen, aber umgekehrt darf er sich nicht ohne weiteres auf in der Literatur vertretene Meinungen verlassen.

Ein Hersteller von Uhren hatte seinem Großhändler eine Liste mit Preisangaben über Direktlieferungen an den Einzelhandel übersandt, ohne die Preise mit einem Unverbindlichkeitsvermerk zu versehen. Das von dem betroffenen Hersteller praktizierte Bruttopreissystem, in dem bei mehrstufigem Vertrieb nur bestimmte Rabatte abgezogen werden, wurde vom Kammergericht in der angewendeten Form nicht gebilligt. Es nahm einen Verstoß gegen das Preisempfehlungsverbot (§ 38 I Nr.12 i.V.m. § 38a I GWB) an ²⁾, obwohl in der Literatur eine gegenteilige Meinung vertreten wurde und noch keine höchstrichterliche Recht-

1) Lutz, NJW 1958, 128, 129.

2) KG, Urteil v. 17.12.76, WuW/E OLG 1817, 1819 "Uhrmacherpreise".

sprechung vorlag. Benisch ¹⁾ und Schütz ²⁾ sahen im beschriebenen Bruttopreissystem etwas grundsätzlich Zulässiges, da bei einer solchen Gestaltung des Geschäftsbetriebes ein Anhaltspunkt für den Willen zur Preisempfehlung fehlt. Diesen Willen folgerte das Kammergericht aber auch nicht aus dem Bruttopreissystem.

Da der Betroffene entweder über den Versand der Preislisten informiert war und dann wegen der äußeren Form der Preislisten auch den Willen zur Empfehlung gehabt hat, oder er die Aufsichtspflicht vernachlässigt hat, war er wegen des Grundsatzes "in dubio pro reo" wegen fahrlässiger Verletzung der Aufsichtspflicht zu verurteilen. Der Betroffene durfte sich nicht auf das Ergebnis der Untersuchung von Benisch und Schütz verlassen, sondern mußte auch deren Argumentation beachten. Dann hätte er wegen des Fehlens der Preisempfehlung und der Aufmachung der Preislisten die Rechtswidrigkeit erkennen können.

Ein Aufsichtspflichtiger kann sich nicht auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen, wenn er sich auf eine einzige Stelle in einem Kommentar verläßt, auch wenn dieser neu erschienen ist ³⁾ .

Ein Aufsichtspflichtiger hatte nicht unterbunden, daß die betroffene Firma durch Preislisten den Abnehmern ihrer Möbel empfohlen hat, bei der Weiterveräußerung an den Endabnehmer bestimmte Preise zu fordern (§ 38 I Nr.12 GWB) ⁴⁾ .

1) Benisch, Fragen der Preisempfehlung, GRUR 1975, S.47 ff.; ders., in: Gemeinschaftskommentar zum GWB, 3. Aufl., § 38 a, Rdnr.4, 7-9.

2) Schütz, Zur Frage der "faktischen" Preisempfehlung für Markenwaren, BB 1975, 859.

3) Benisch, Fn1., § 38a, Anm. 10.

4) BKartA, Beschluß v. 9.5.77, WuW/E BKartA 1683, 1684 "Preislisten zur Auswahl".

Zum einen durfte der Aufsichtspflichtige seine Rechtsmeinung nicht nur auf eine Kommentarstelle stützen, zum anderen bezeichnet der Kommentar eine geringe Bandbreite bei Preialternativen als bedenklich hinsichtlich eines Verstoßes gegen § 38 I Nr.12 GWB.

Wegen der Preislistenpraxis - es wurden nur zwei Preislisten auf unterschiedlicher Kalkulationsbasis herausgegeben - hätte der aufsichtspflichtige Geschäftsführer weitere Nachforschungen anstellen müssen. Der Betroffene muß jedenfalls spezielle kartellrechtliche Literatur zur Hilfe nehmen. Nicht nur Kommentare, sondern auch Standpunkte in Aufsätzen sind zu berücksichtigen.

2. Bedeutungsschwund der Literaturmeinung durch Klärung in der Rechtsprechung

Die Bedeutung, der in der Literatur vertretenen Meinung nimmt im Laufe der Zeit in dem Maße ab, wie eine Klärung durch die Rechtsprechung eintritt. In einem, dem Beschluß des Kartellsenats des Oberlandesgerichtes München vom 2.Mai 1979 ¹⁾ zugrundeliegenden Fall hatten die Betroffenen 2), 3) und 4) sich aufgrund notarieller Beratung an die Erläuterungen zur "Kooperationsfibel" ²⁾ von Benisch, 2.Aufl. und an das dort abgedruckte Vertragsmuster gehalten. Zum Teil hatten sie es sogar wörtlich übernommen. Die Betroffenen hatten eine GmbH gegründet, deren Gegenstand die Vermittlung und der Verkauf von Transportbeton waren. Wegen der Praktizierung von Quotenabsprachen, einer Andienungspflicht und einer Preis- und Konditionsabsprache, hatten sie gegen § 38 I S.1 i.V.m. § 1 I S.1

-
- 1) OLG München, Beschluß v. 2.5.79, Az: Kart. 1/78, bestätigt durch BGH, Urteil v. 1.12.81, WuW/E BGH 1871.
2) Kooperationsfibel, Zusammenstellung über zwischenbetriebliche Zusammenarbeit im Rahmen des GWB des Bundesministeriums für Wirtschaft vom 29.10.1963.

GWB verstoßen. Das Gericht belegte die Betroffenen aber nicht mit einer Geldbuße, da es einen unvermeidbaren Verbotsirrtum annahm. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses lag noch keine gefestigte Spruchpraxis vor. Auch in der 3. und 4. Auflage der Erläuterungen zur Kooperationsfibel, die 1969 nach dem Vertragsschluß erschien, wird die im Gesellschaftsvertrag enthaltene Quotenregelung im Vertragsmuster von Dr. Benisch vorgeschlagen und nicht als eine kartellrechtlich verbotene Absprache bewertet.

Auch aufgrund des Tätigkeitsberichtes des Bundeskartellamtes hatten die Betroffenen die Rechtswidrigkeit ihres Handelns nicht entdecken können, da in ihm keine klare Linie zum Ausdruck kommt. Zwar hatte das Bundeskartellamt eine Mindestbezugsverpflichtung beanstandet, die eine gemeinsame Vertriebsstelle von Röhrenherstellern ihren Abnehmern auferlegt hatte ¹⁾, da hieraus eine indirekt gegen § 1 GWB verstoßende Andienungspflicht abzuleiten ist. Die Betroffenen mußten diese Beanstandung aber nicht auf ihren Gesellschaftsvertrag beziehen, da andererseits im Tätigkeitsbericht des Jahres 1970, S. 53, eine gemeinsame Einkaufs- und Vertriebsstelle mangels Andienungszwang zugelassen worden war, obwohl sie den Handlungsspielraum der beteiligten Hersteller gegenüber dem einzigen inländischen Abnehmer erweitern sollte. Der Bundesgerichtshof, der die Unvermeidbarkeit des Irrtums bestätigte ²⁾, betonte nochmals, daß in der entscheidenden Zeitspanne von 1968 bis 1973 Verkaufsgemeinschaften in der Literatur als zulässig bezeichnet wurden, wenn sie den eigenen Vertrieb nicht einschränkten. Dieser Standpunkt war

1) Tätigkeitsbericht des BKartA 1969, S. 54.

2) BGH, Beschluß v. 1.12.81, WuW/E BGH, 1871, 1874 "Transportbeton Vertrieb".

in der Literatur ¹⁾ vertreten worden. Die Betroffenen, die sich an "anerkannte Erläuterungswerke" ²⁾ gehalten hatten, waren selbst durch weitere Erkundigungen nicht zu einem anderen Ergebnis gekommen, da zur Zeit des Vertragsabschlusses noch keine höchstrichterliche Entscheidung zu der schwierigen Rechtsfrage vorlag, ob eine Verkaufsgemeinschaft als selbständiges Gemeinschaftsunternehmen - auch ohne Andienungspflicht der Gesellschafter - zur Marktbeeinflussung durch Beschränkung des Wettbewerbs geeignet sein kann ³⁾. Erst durch das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 19. Juni 1975 ⁴⁾ ist eine Klärung eingetreten.

IV. Ergebnis und Stellungnahme zum 4. Teil

Sowohl das Oberlandesgericht München, als auch der Bundesgerichtshof räumen der Rechtsprechung größeres Gewicht als der Literatur ein. Auf die Notwendigkeit, sich durch einen Anwalt die Literaturmeinungen erläutern zu lassen, wurde nicht verwiesen ⁴⁾. Der Anwalt hätte nach Meinung des Oberlandesgerichts München und des Bundesgerichtshofs mangels weiterer Anhaltspunkte die Rechtslage auch nicht klarer darstellen können ⁵⁾.

Diese Betrachtungsweise muß kritisiert werden, da sie zu Rechtsunsicherheiten bei der Feststellung des Maßstabes der Vermeidbarkeitsprüfung führt.

Die Darlegungs- und Nachweispflicht des Betroffenen ist geringer, wenn noch keine einschlägige Rechtsprechung vorliegt und der Betroffene sich auf eine Literaturmeinung

1) Immenga/Mestmäcker, § 1, Rdnr. 304 ff., 464 ff.;
Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 1, Rdnr. 58.

2) OLG München, Urteil v. 2.5.79, Az: Kart. 1/78, S. 21.

3) BGH, Beschluß v. 1.12.81, WuW/E BGH 1871, 1875
"Transportbeton Vertrieb".

4) BGH, Beschluß v. 19.6.75, BGHZ 65, 30.

5) Anders im Verfahren gegen die Beteiligten zu 8), 9), 10;
vgl. OLG München, Beschluß v. 2.5.79, Az: Kart. 1/78.

6) OLG München, aaO, Fn. 2 BGH, aaO., Fn. 3

stützen kann.

Wurden beim Einholen von anwaltschaftlichem Rat die Sorgfaltspflichten hinsichtlich der Beratung nicht beachtet, so wird nicht gefragt, ob der Anwalt überhaupt die Möglichkeit hatte, die Rechtswidrigkeit anhand der bisherigen Rechtsprechung zu erkennen. Gerade festzustellen, ob einschlägige Rechtsprechung vorliegt, muß aber Aufgabe des Anwaltes sein. Aus Gründen der Rechtssicherheit kann es nicht dem Zufall überlassen bleiben, ob der Betroffene mit seiner laienhaften Wertung der Rechtsprechung Recht behält. Das Bundeskartellamt setzt beim Betroffenen nicht nur die Lektüre der Tageszeitung voraus, sondern auch der juristischen Kommentare und Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamtes sowie der kartellrechtlichen Fachzeitschriften, wie der Zeitschrift für Wirtschaft und Wettbewerb ¹⁾. Ein Verständnis der Artikel, die mehr noch als Urteile für einen vorgebildeten Interessenkreis geschrieben sind, wird erst recht der Erläuterung durch den Anwalt bedürfen.

1) Auf Anfrage teilte das BKartA mit, daß zur Information über aktuelle Fragen auch kartellrechtliche Fachzeitschriften gelesen werden müssen.

5. Teil: Weitere Auswirkungen von Erkundigungsmöglichkeiten

I. Tatbestandsirrtum

1. Pflicht zur Gesetzeskenntnis

Bisher wurden die Erkundigungsmöglichkeiten und -pflichten im Kartellrecht untersucht.

Darüber hinaus spielen sie noch eine Rolle bei der Verletzung der Aufsichtspflicht, die nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht (§ 130 I S.1 OWiG) geahndet wird, und beim Tatbestandsirrtum.

Vor dem Verbotsirrtum ist vom Gericht zu prüfen, ob ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum vorliegt ¹⁾.

Erst wenn feststeht, daß der Täter den Tatbestand der Kartellordnungswidrigkeit in Kenntnis der Tatbestandsmerkmale verwirklicht hat, kann die Frage geprüft werden, ob er dieses Handeln für rechtswidrig hielt. Im Rahmen des Tatbestandsirrtums besteht keine "Erkundigungspflicht".

Bei dem Vertrag des Betroffenen, er habe die Umstände nicht gekannt, die zum gesetzlichen Tatbestand gehörten (§ 11 I S.1 OWiG), kann es im Rahmen der Beweiswürdigung aber eine Rolle spielen, ob und wie schwer Tatbestandskenntnisse zu erlangen waren. Angesichts der jahrelangen Diskussion über das Kartellrecht bzw. dessen Entwurf muß das Gesetz jedem potentiell Betroffenen so weit geläufig sein, daß ihm wenigstens Zweifel kommen müssen, falls er eine Kartellordnungswidrigkeit begeht ²⁾. Deshalb soll grundsätzlich bei den in der Wirtschaft Tätigen die Kenntnis der Tatbestände, die im Kartellgesetz als Verbote aufgeführt werden angenommen werden kön-

1) So schon BGH, Urteil v. 23.9.55, WuW/E BGH 118 "Zement".

2) So schon Müller/Gießler, 2. Aufl. (1966), § 38, Rdnr. 7; BKartA, Beschluß v. 19.5.71, WuW/E BKartA 1351, 1358 "Tubenhersteller".

nen ¹⁾.

2. Normative Tatbestandsmerkmale, Sachverhaltskenntnis

Trotz Gesetzeskenntnis des GWB können potentielle Betroffene dennoch einem Tatbestandsirrtum unterliegen, falls sie den Lebenssachverhalt nicht kennen, insbesondere, wenn die Bedeutung der ausfüllungsbedürftigen normativen Tatbestandsmerkmale in Frage steht. Auch falls das GWB bekannt ist oder dessen Kenntnis unterstellt wird, kann die Kenntnis von der Bedeutung eines normativen Tatbestandsmerkmals fehlen. Liegt bei einem solchen Tatbestandsmerkmal eine falsche Parallelwertung in der Laiensphäre vor, führt dies zu einem Tatbestandsirrtum ²⁾. Mit der Frage der Bedeutungskennntnis muß sich der Tatrichter aber nur auseinandersetzen, wenn Anhaltspunkte im konkreten Fall vorliegen, daß dem Betroffenen eine solche Kenntnis ausnahmsweise fehlt ³⁾. Grundsätzlich wird vom richtigen Verständnis der normativen Begriffe ausgegangen.

Für das Verständnis des Begriffes "Boykottaufruf" ist juristische Vorbildung nicht erforderlich. Auch für den juristischen Laien soll der Begriff bekannt und verständlich sein ⁴⁾. Mit den normativen Begriffen gemeinsamer Zweck, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeeinflussung, Behinderung etc. muß der durchschnittliche Kaufmann Inhalte verbinden, die sich mit der rechtlichen Subsumtion weit-

1) Anders Tiedemann, in: Immenga/Mestmäcker, § 38, Rdnr.46, unter Berufung auf WuW/E BKartA 1369, 1371 "Aluminium Halbzeug". Die genannten Ausführungen beziehen sich jedoch auf den Verbotsirrtum.

2) Zur Abgrenzung zum Subsumtionsirrtum, S.14f.

3) BGH, Beschluß v. 23.4.85, WuW/E BGH 2145 "Nordmende".

4) BGH, Urteil v. 2.2.76, WuW/E OLG 1681, 1684 "Laboruntersuchung".

gehend decken ¹⁾. Dennoch haben die Betroffenen insbesondere beim Tatbestand des § 26 II GWB mit der Parallelwertung Schwierigkeiten ²⁾.

Dem Bestimmtheitsgebot des § 103 II GG genügt der Tatbestand des § 26 II GWB jedoch, da er durch die Rechtsprechung inzwischen ausreichend präzisiert wurde ³⁾.

Für die Gerichte ist es dennoch schwierig festzustellen, ob der Betroffene die Bedeutungskennntnis hatte oder einem Subsumtionsirrtum unterlegen ist.

Leichter ist es festzustellen, daß dem Täter die tatsächlichen Umstände eines kartellrechtlichen Tatbestandes nicht bekannt waren.

Das Oberlandesgericht Koblenz konnte "nicht mit einer für die Verurteilung ausreichenden Sicherheit feststellen, daß die betroffenen Fahrlehrer gewußt haben, daß ihr Marktanteil noch in diesem Bereich lag" ⁴⁾, der geeignet ist, die Marktverhältnisse spürbar zu beeinflussen. Dies konnten die Betroffenen gar nicht wissen, da die Zahlen, auf denen die Schätzung des Marktanteils beruhten, erst nachträglich ermittelt worden waren. Die Betroffenen hatten keine Möglichkeit, sich Kennntnis zu verschaffen.

Weniger strenge Anforderungen legte das Oberlandesgericht Stuttgart im Urteil vom 18.Oktober 1982 an ⁵⁾. Hier bestand für die Betroffenen die Möglichkeit, sich über die Tatbestandsvoraussetzungen zu informieren, dennoch nahm das Gericht einen Tatbestandsirrtum an. Das Gericht stellte darauf ab, daß der Betroffene von niemandem auf das Vor-

1) Müller/Gießler/Scholz, § 38, Rdnr.11.

2) BGH, Beschluß v. 23.4.85, WuW/BGH 2145 "Nordmende".

3) So BVerfGE 48, 48, 56; vgl. auch BGH, Urteil v. 23.4.85, WuW/E BGH 2145 "Nordmende".

4) OLG Kobelnz, Urteil v. 29.4.83, WuW/E OLG 2986, 2987 "Heidelberger Fahrschule".

5) OLG Stuttgart, Urteil v. 18.10.82, WuW/E OLG 2795 "Horco-Pizza".

liegen des Tatbestandsmerkmals hingewiesen worden war.

Er hatte zur Überzeugung des Gerichtes deshalb keine Kenntnis von der Unwirksamkeit der von ihm abgeschlossenen Vereinbarung im Sinne von § 1 I S.1 GWB.

Die Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen schloß einen Tatbestandsirrtum aus, da dem Betroffenen als Fachmann die tatsächlichen Voraussetzungen des Preisempfehlungsverbotes bekannt sein mußten ¹⁾. Wie beim Verbotsirrtum, beruft sich das Gericht beim Nachweis der Tatbestandskenntnis auf die Pflicht des Betroffenen, den Tatbestand oder die Rechtswidrigkeit kennen zu müssen anstatt zu fragen, ob der Betroffene tatsächlich die Kenntnis von der Tatbestandsverwirklichung hatte. Der Bundesgerichtshof ging davon aus, daß ein im Geschäftsleben erfahrener, verantwortlicher Vertreter eines Unternehmens in der Regel auch die wettbewerbsrechtliche Bedeutung von tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten erkennt, bei deren Vorliegen § 26 II S.2 GWB zur Anwendung kommt ²⁾. Außerdem führt das Gericht für die Bedeutungskennntnis des Betroffenen die ausführliche Begründung des Instanzenurteils an ³⁾. Dem Betroffenen konnte es wegen dieser Ausführungen nicht verborgen geblieben sein, "welche Bedeutung den einzelnen, ihm bekannten Umständen für die Anwendung des § 26 II S.2 GWB zukam ⁴⁾."

In den angesprochenen Entscheidungen werden zwar nicht ausdrücklich Erkundigungsmöglichkeiten oder Pflichten der Betroffenen angesprochen. Die Kenntnis der Tatbestands-

1) Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen v. 8.3.67, WuW/E LartB 115, 120 "Brennstoffhändler Vereinigung".

2) BGH, Beschluß v. 23.4.85, WuW/E BGH 2145.

3) KG, Urteil v. 16.3.85, WuW/E OLG 3169, 3172 ff. "Nordmende".

4) BGH, aaO., Fn.2.

merkmale wird aber entweder aus anderen Urteilen abgeleitet oder zum Teil unterstellt. Im Rahmen der Parallelwertung in der Laiensphäre werden an den Laien hohe Anforderungen gestellt. Die Bedeutungskennntnis kann der Betroffene ohne spezielle juristische Vorbildung nur durch permanente Information z.B. Lektüre von Fachzeitschriften, erhalten.

II. Aufsichtspflichtverletzung

1. Überwachungspflichten

Erkundungspflichten können auch für den Aufsichtspflichtigen bestehen. Die Verletzung dieser Pflicht wird nach § 130 I S.1 OWiG geahndet.

Es sollen hier nicht alle Aufsichtspflichten dargestellt werden ¹⁾, sondern nur die Berührungspunkte mit Erkundungspflichten aufgezeigt werden.

Der Betroffene kann selbst die Pflicht wahrnehmen oder sie zum Teil auf Dritte übertragen (§ 130 II S.1, 2, 3 OWiG).

An die Überwachungspflicht selbst wird ein strenger Maßstab angelegt ²⁾. Es gehört z.B. zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen, die Betriebsangehörigen über die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften genau zu informieren ³⁾. Der Aufsichtspflichtige muß sich einen Überblick über den kartellrechtlichen Kenntnisstand der Mitarbeiter verschaffen, die selbständig betriebliche Aufgaben wahrnehmen ⁴⁾. Er muß sich vergewissern, ob die

1) Rebmann/Roth/Hermann, § 130, Rdnr.15; Meier, § 130, Anm.4; Göhler, § 130, Rdnr.10 ff.

2) KG, Urteil v. 11.3.84, WuW/E OLG 3169, 3173 "Nordmende".

3) Wirtschaftsministerium Baden-Württemberg, Bußgeldbescheid v. 19.1.71, WuW/E LKartB 147, 150 "Rohbauarbeiten".

4) KG, Urteil v. 8.2.74, WuW/E OLG 1449, 1467 "bitumenhaltige Bautenschutzmittel II"; KG, Urteil v. 21.1.81, WuW/E OLG 2476 "japanische Hifi-Geräte".

verantwortlich Handelnden überhaupt naheliegende Fragen von rechtlicher Bedeutung erkennen können, insbesondere einfache kartellrechtliche Tatbestände, deren Verletzung im Rahmen des vorhandenen Geschäftsbetriebes in Betracht kommt. Die Anweisung, bei allen Vorfällen von rechtlicher Bedeutung die ständigen Rechtsberater des Unternehmens heranzuziehen, genügt nicht ¹⁾.

In einem Fall der Androhung einer Liefersperre hätte die Ordnungswidrigkeit vermieden werden können, falls der aufsichtspflichtige Geschäftsführer die Anweisung an den ordnungswidrig Handelnden erteilt hätte, keine weiteren Maßnahmen ohne vorherige Rücksprache mit ihm zu treffen und insbesondere vor einem Tätigwerden den fundierten Rechtsrat eines Anwaltes einzuholen ²⁾. Die Aufsichtspflicht erstreckt sich danach nicht nur auf das persönliche Eingreifen, sondern es muß zusätzlich anwaltschaftlicher Rat eingeholt werden. Da die schuldhaft Verletzung der Aufsichtspflicht für eine Ahndung nach § 130 I OWiG Voraussetzung ist, kann sich der Aufsichtspflichtige auch auf einen Verbotsirrtum berufen. Insoweit bestehen keine Besonderheiten zum Verbotsirrtum im Kartellrecht. Der Aufsichtspflichtige kann sich über die Rechtslage bei einem im Kartellrecht besonders versierten Anwalt oder dem Bundeskartellamt informieren ³⁾.

2. Übertragbarkeit der Pflichten

Der Betriebsinhaber kann Personen einsetzen und sie beauftragen, die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu

1) KG, Beschluß v. 13.4.73, WuW/E OLG 1394, 1397 "japanische Fotoimporte".

2) KG, Urteil v. 6.12.79, WuW/E OLG 2205, 2209 "Jeans".

3) BKartA, Beschluß v. 9.5.77, WuW/E BKartA 1683, 1684 "Preislisten zur Auswahl".

beachten. Dennoch ist der Betriebsinhaber nicht gänzlich von seinen Verpflichtungen aus § 130 I S.1 OWiG entoben ¹⁾.

Falls vom Betriebsinhaber ein Leiter des Betriebes eingesetzt ist, kann dieser die Aufsicht über die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften auch weiterdeligieren.

Personen, die zur Ausübung der Aufsicht vom Betriebsinhaber eingestellt sind, z.B. ein Geschäftsführer, können sich aber auch nicht gänzlich von ihren Aufsichtspflichten freistellen, indem sie einen Generalbevollmächtigten einsetzen. Dies ist selbst dann nicht möglich, wenn der Bevollmächtigte im Gegensatz zum Geschäftsführer Erfahrungen auf seinem Gebiet hat und anders als der Geschäftsführer der deutschen Sprache mächtig ist.

Der Aufsichtspflichtige handelt zwar verantwortungsbewußt, wenn er bei fehlender eigener Qualifikation einen Generalbevollmächtigten einsetzt; er muß darüber hinaus aber noch weitere Vorkehrungen treffen, um eine ausreichende Aufsicht zu gewährleisten. Ordnet er deshalb noch an, daß der Rat von Fachanwälten eingeholt wird, so hat er seiner Aufsichtspflicht Genüge getan. Weitere Maßnahmen muß er nur treffen, wenn hier für ein spezieller Anlaß vorliegt.

Die Aufsichtspflicht geht aber nicht so weit wie die Sorgfaltspflicht bei der Vermeidbarkeitsprüfung. Es genügt, wenn der Aufsichtspflichtige den Rechtsrat von seinem Beauftragten einholen läßt und ihm dann hierüber berichtet wird. Er braucht sich mit der anwaltschaftlichen Empfehlung nicht persönlich auseinanderzusetzen, wenn der Vortrag des Beauftragten ihm hierzu keinen Anlaß gibt ²⁾. Die Erkundigungspflicht erstreckt sich sowohl auf die gesetzlichen

1) Rebmann/Roth/Hermann, § 130, Rdnr.26; Meier, § 130, Rdnr.4 a.E.; Göhler, § 130, Rdnr.15.

2) KG, Urteil v. 16.3.84, WuW/E OLG 3169, 3174 "Nordmende".

Vorschriften des Kartellrechts im allgemeinen als auch auf eine problematische Rechtslage im speziellen Fall. Der Ratsuchende darf sich auf die Auskunft eines Fachanwaltes verlassen, daß sein Verhalten rechtmäßig sei. Die Intensität seiner Beratung, inwieweit also der Anwalt den Betroffenen mit der Begründung für den Rechtsrat vertraut macht, ist nicht relevant, es sei denn, es besteht ein besonderer Anhaltspunkt für weitere Kontrollen. Diesen Grundsätzen des Kammergerichts, die praktikabel sind, steht eine ältere Entscheidung des Bundeskartellamtes gegenüber ¹).

Es wird dort ausgeführt, daß die Einsetzung eines Vertriebsleiters durch den Aufsichtspflichtigen allein nicht genügt. Im Gegensatz zur Entscheidung des Kammergerichts konnte der Betroffene auch durch die Anweisung in allen wettbewerbsrechtlich zweifelhaften Angelegenheiten die das Unternehmen ständig beratenden Rechtsanwälte zu konsultieren, der Aufsichtspflicht nicht genügen.

Der Aufsichtspflichtige hätte sich vielmehr persönlich über den Inhalt der Rundschreiben unterrichten müssen. Seine eigene Prüfung war erforderlich, da eine "intensive unternehmerische Maßnahme" ²), der Versand eines Rundschreibens an alle Abnehmer, vorlag.

Der Aufsichtspflichtige kann sich nicht darauf berufen, er sei juristisch nicht ausgebildet und habe deshalb ohne jegliche weitere eigene Prüfung der Meinungsäußerung der Rechtsanwälte über die Rechtmäßigkeit der Rundschreiben geglaubt. Derartiges Verhalten genügt nach Ansicht des Bundeskartellamtes der Aufsichtspflicht nicht.

Hier wird eine große Ähnlichkeit mit der Vermeidbarkeitsprüfung beim Verbotsirrtum offensichtlich, da der Pflichtige sich jedenfalls um eine eigene Meinungsbildung hätte bemühen sollen und er sich mit dem anwaltschaftlichen Rat

1) BKartA, Beschluß v. 28.9.78, WuW/E BKartA 1763 "Preisunruhe".

2) BKartA, aaO., Fn.1; WuW/E BKartA 1766.

auseinandersetzen mußte, auch wenn er keine juristischen Kenntnisse hatte. Nach dem Beschluß des Kammergerichts vom 13. April 1973 ¹⁾ muß der Aufsichtspflichtige sich nicht mit dem anwaltschaftlichen Rat auseinandersetzen. Er hat sich jedoch persönlich zu vergewissern, daß der selbständig agierende Handelsunternehmer die kartellrechtlichen Kenntnisse besitzt und muß ihn, falls er diese nicht hat, informieren.

Einen wesentlich geringeren Maßstab für die Aufsichtspflicht legte das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr in der Entscheidung vom 4. Oktober 1967 an den Tag ²⁾. Der aufsichtspflichtige Geschäftsführer hatte seine Pflichten nicht vernachlässigt, obwohl der Verkaufsleiter gegen § 25 I, § 38 I Nr. 1 GWB verstoßen hatte, da er ihn ausdrücklich ermahnt hatte, sich über die einschlägigen Vorschriften seines Aufgabenbereiches zu informieren.

Im Rahmen der Aufsichtspflichtverletzung ist somit nicht nur die Frage offen, wann der Aufsichtspflichtige sich persönlich einschalten muß, weil eine intensive unternehmerische Maßnahme getroffen werden soll, sondern auch, in welchem Umfang der Pflichtige tätig werden und sich mit dem eingeholten Rat auseinandersetzen muß.

III. Ergebnis und Stellungnahme zum 5. Teil

Das Verhältnis von Erkundigungspflichten und Tatbestandskenntnis ist noch weitgehend ungeklärt. Das Maß der allgemeinen Informationspflicht beeinflusste die Fähigkeit des Betroffenen, normative Tatbestandsmerkmale richtig

1) WuW/E OLG 1394, 1398 "japanische Fotoimporte".

2) Bayer. Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr, Bescheid v. 4.10.67, WuW/E LKartB 129 zu § 40 GWB a.F.

zu erfassen.

Die Möglichkeit des Betroffenen, sich zu erkundigen, wirkt sich auf die Beweiswürdigung aus, ob der Betroffene z.B. Kenntnis von der Unwirksamkeit eines Vertrages hatte.

Die Tatbestandskenntnis wird bisweilen vom Gericht nicht im erforderlichen Umfang festgestellt. Sie wird manchmal unterstellt, wenn der Betroffene Kenntnis haben muß oder es wird sofort in die Vermeidbarkeitsprüfung eines Verbotssirrtums eingestiegen, obwohl erst geklärt werden müßte, ob der Betroffene das normative Tatbestandsmerkmal wenigstens in der Laiensphäre parallelwertend erkannt hat.

Hinsichtlich der Aufsichtspflichtverletzung ist es nicht vorhersehbar, was ein Gericht vom Betroffenen im Einzelfall erwartet, um eine Kartellordnungswidrigkeit zu verhindern. Begrüßenswert wäre es, wenn sich der Maßstab der neueren Entscheidung des Kammergerichtes ¹⁾ durchsetzen würde.

1) KG, Urteil v. 16.3.84, WuW/E OLG 3169, 3174 "Nordmende".

6. Teil: Allgemeine Grundsätze im Rahmen der Erkundigungspflicht

I. Pflicht zu eigenen Meinungsbildung

Der Kartellsenat hat in der Entscheidung vom 27. Januar 1966 ¹⁾ übereinstimmend mit der st. Rspr. ²⁾ anderer Senate des Bundesgerichtshofes ausgeführt, daß der Betroffene etwaige Zweifel an der Rechtmäßigkeit seines Vorhabens durch Nachdenken und das Einholen von Rat zu überprüfen hat. Zusätzlich hob er anschließend hervor, daß "der Täter sich der ihm obliegenden höchstpersönlichen Entscheidung über Recht und Unrecht seines Tuns nicht schlechthin dadurch entziehen kann, daß er eine Meinungsäußerung eines Rechtskundigen einholt" ³⁾. Hier wird dem Betroffenen eine Pflicht auferlegt, selbst tätig zu werden. Dabei kann es sich nicht darum handeln, persönlich eine Entscheidung als solche zu fällen - dies wird nie auf einen Anwalt oder eine Rechtsabteilung abgewälzt werden können. Der Betroffene darf sich vielmehr auf dem Weg zu einer Entscheidung nicht nur auf die Anstrengungen des Anwaltes verlassen, sondern muß sich selbst bemühen.

Thomas kritisiert die Verwendung des Begriffes "schlechthin", da der Handelnde immer selbst eine Abwägung vornehmen müsse ⁴⁾. Die Höchstpersönlichkeit der Entscheidung über Recht und Unrecht sei nur gewährleistet, wenn Rechtsanwalt oder Rechtsabteilung den zur Entscheidung berufenen Nichtjuristen Unterlagen und Entscheidungskriterien zur Verfügung stellen. Aufgrund der Unterlagen muß der Betroffene die Lage analysieren bzw. ein in Auftrag gegebenes

1) BGH, Beschluß v. 27.1.66, WuW/E BGH 727 "Klinker".

2) BGHSt 4, 15; 4, 236; 9, 164, 172.

3) BGH, aaO., Fn.1.

4) Thomas, WuW 1974, 20, 27.

Gutachten kritisch untersuchen.

Zwei Fragenkreise, die das Gebot der eigenen Meinungsbildung betreffen, drängen sich jedoch auf. Entwickelt wurde das Gebot in der Rechtsprechung für den Mandanten, der sich an einen Rechtsanwalt zur Klärung der Rechtslage wendet ¹⁾.

Nur im Zusammenhang mit einer Beratung durch den Anwalt wird es auch in späteren Urteilen betont ²⁾. Ob der Betroffene jedoch in der Literatur oder in einem Gutachten liest, ein gewisses Verhalten sei rechtmäßig, macht für den Entscheidungsablauf beim Betroffenen keinen Unterschied. Hier wie dort darf der Betroffene nicht nur das Ergebnis beachten, sondern soll versuchen, den Weg bis zu diesem Ergebnis nachzuvollziehen. Beruft sich der Täter im Prozeß jedoch als Unterstützung seiner irrigen Rechtsmeinung auf Stellungnahmen in der Literatur, wird die Pflicht zur eigenen Meinungsbildung im Urteil nicht herausgestellt ²⁾.

So führte das Kammergericht im Beschluß vom 27. Januar 1966 ³⁾ aus, daß der Betroffene sich auf anerkannte Erläuterungswerke verlassen hatte und der Verbotsirrtum unverschuldet sei, da auch weitere Erkundigungen zu keinem anderen Ergebnis geführt hätten.

Im Gegensatz hierzu muß der Betroffene, der sich auf einen Fachanwalt verläßt, um eine eigene Meinung bemüht sein, egal welche weiteren Auskünfte er erhalten würde ⁴⁾. Tut er dies nicht, hat der Mandant die Pflicht, zu einer eigenen Entscheidung zu kommen, nicht genügend beachtet.

-
- 1) BGH, Beschluß v. 27.1.66, WuW/E BGH 727 "Klinker"; BKartA, Beschluß v. 16.5.71, WuW/E BKartA 3151 "Tubenhersteller"; BKartA, Beschluß v. 16.2.72, WuW/E BKartA 1385 "Butterpreise"; KG, Urteil v. 2.2.76, WuW/E OLG 1687.
 - 2) OLG München, Beschluß v. 2.5.79, Az: Kart. 1/78 unveröffentlicht.
 - 3) BGH, Beschluß v. 27.1.66, WuW/E BGH 733; KG, Urteil v. 17.12.76, WuW/E OLG 1817 "Uhrmacherpreise".
 - 4) KG, Beschluß v. 2.5.79, Az: Kart. 1/78, S.21 der Entscheidung.

Das höchstpersönliche Bemühen wird beim Befragen eines Anwaltes also mehr gefordert als bei anderen Informationsmöglichkeiten.

Außer dem Anwendungsbereich der Verpflichtung, sich höchstpersönlich um eine Entscheidung zu bemühen, ist zudem der Umfang dieser Pflicht offen. Es stellt sich die Frage nach der Fähigkeit des Mandanten oder Lesers, normative Begriffe des Kartellrechts richtig zu interpretieren, eine erforderliche Abwägung richtig vorzunehmen. Die Rechtsprechung, die die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums annimmt, obwohl anwaltschaftlicher Rat eingeholt wurde, macht dem Betroffenen nicht die falsche Entscheidung zum Vorwurf, obwohl der Mandant bei intellektueller Anstrengung zum richtigen Ergebnis gekommen wäre. Sie stützt die Vermeidbarkeit vielmehr darauf, daß der Betroffene es an einer "Nachprüfung" des Rates fehlen ließ ¹⁾. Der Mandant hätte sich den Rat erläutern lassen und das Gutachten auf seine Schlüssigkeit prüfen müssen. Wie aber ein Leser eines Aufsatzes der höchstpersönlichen Entscheidungspflicht nachkommen kann, etwa durch die Kontrolle der Fußnoten, ist ungeklärt. Die "Höchstpersönlichkeit" der Entscheidung ist beim anwaltschaftlichen Rat konkretisiert und formalisiert. Es wird dem Mandanten nicht vorgeworfen, daß er sich in seiner Meinung vom Anwalt bestärken ließ ²⁾, der Mandant kann und muß "nur" überprüfen, ob der Anwalt auf dem Weg zu seinem Ergebnis keinen gedanklichen Fehler gemacht hat. Bei der Pflicht des Mandanten handelt es sich also nicht darum, eine Entscheidung als solche persönlich zu fällen, der Betroffene darf sich vielmehr nicht auf die Anstrengungen des Anwaltes verlassen, sondern muß sich selbst bemühen.

1) BKartA, Beschluß v. 14.5.71, WuW/E BKartA 1351 "Tubenhersteller"; BKartA, Beschluß v. 16.2.72, WuW/E BKartA 1389, 1391.

2) BGH, Urteil v. 26.5.81, WuW/E BGH 1891 "Ölbrenner II".

Was ein Betroffener bei anderen Informationsquellen unternehmen muß, um der "Pflicht zur höchstpersönlichen Entscheidung" zu genügen, ist ungeklärt.

II. Kausalitätsprüfung

1. Das Erfordernis des Kausalzusammenhanges

Zwischen der fehlenden oder fehlerhaften Erkundigung und dem Irrtum besteht ein Kausalitätszusammenhang, wenn dem Betroffenen nachgewiesen werden kann, daß er bei ordnungsgemäßer Erkundigung den Verbotsirrtum vermieden hätte. Fraglich ist, ob Kausalität vorliegen muß oder der Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht als solche für den Vorwurf der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums genügt.

Ist Kausalität erforderlich, kann trotz einer ungenügenden Erkundigung der Irrtum unvermeidbar sein, da auch eine sorgfältige Nachprüfung der Rechtslage den Irrtum vielleicht nicht aufgeklärt hätte. Damit spielt diese Frage bei der Erkundigung des Betroffenen keine Rolle, - beeinflusst aber die Darlegungspflicht im Prozeß. Im Strafrecht und im Nebenstrafrecht wird das Erfordernis einer Kausalitätsprüfung größtenteils bejaht ¹⁾. Ergibt sich im Prozeß, daß die Auskunft bei einer zuständigen Stelle zu einem falschen Rat geführt hätte, so liegt ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vor. Läßt sich nicht feststellen, ob die Auskünfte zu einer wenigstens bedingten Verbots-

1) Cramer, in: Schönke/Schröder, § 17, Rdnr.20, 45 m.w.Nachw.; KG, VRS 13, 148; OLG Celle, NJW 1977, 1644 mit Anm. Wolter; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, 1969, S.199; Strauss, NJW 1969, 1418, 1420; Jescheck, S.370, Fn.24.

kenntnis geführt hätten, gilt der Grundsatz "in dubio pro reo" und es ist von der fehlenden Verbotskenntnis auszugehen. Das Oberlandesgericht Celle hob ein landgerichtliches Urteil auf, da unterstellt wurde, eine zweite Anfrage bei dem Leiter des staatlichen chemischen Untersuchungsamtes hätte zu keinem anderen Ergebnis geführt als die Erstanfrage ¹⁾. Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft und der neueren Rechtsprechung ²⁾, sei das Ergebnis der erneuten Anfrage erheblich ³⁾. Das Wesen der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums liege im Erkennen-Können der konkreten Rechtswidrigkeit des eigenen Verhaltens ⁴⁾.

2. Unterstellte Kausalität

In der kartellrechtlichen Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof die Meinung vertreten, daß der Täter, der pflichtwidrig die ihm zuzumutenden Erkundigungen unterlassen hat, den Verbotsirrtum verschuldet hat, gleichgültig, welche Auskunft er erhalten hätte ⁵⁾. Da es auf die Vorstellung des Täters zur Zeit der Tat ankommt, könne ihn nur eine rechtzeitig eingeholte Auskunft entlasten. Im konkreten Fall kommt es dann nicht darauf an, ob der Täter eine falsche Auskunft erhalten hat. Nach obigem Urteil ist nicht die Möglichkeit des Betroffenen, die Rechts-

1) OLG Celle, Urteil v. 13.11.76, NJW 1977, 1644.

2) BGH, LRE (Slg. lebensmittelrechtliche Entscheidung), 1, 99; OLG Köln, NJW 1974, 1831; BayObLG, NJW 1960, 1926; NJW 1960, 504; LRE 2, 39; OLG Schleswig, Verk.Mitt.1965, 38.

3) s. auch OLG Karlsruhe, NJW 1967, 1626; OLG Neustadt, DAR 1957, 368; OLG Hamm, NJW 1956, 1651; OLG Düsseldorf, Verk.Mitt.1976, 27; OLG Saarbrücken, NJW 1976, 660.

4) OLG Celle, Urteil v. 13.11.76, NJW 1977, 1644.

5) BGH, Beschluß v. 27.1.66, WuW/E BGH "Klinker"; zustimmend v.Gamm, 2.Teil, Rdnr.11; kritisch jedoch Tiedemann, in: Immenga/Mestmäcker, § 38, Rdnr.23.

widrigkeit überhaupt zu erkennen, entscheidend, sondern die Sorgfaltspflichten, die beim Einholen der Auskunft zu beachten sind. Angesichts der vielfältigen und strengen Anforderungen an die Prüfung der Rechtslage ist es schwer zu sagen, ob eine hypothetische Auskunft den Irrtum aufgeklärt hätte. Insbesondere ist dies der Fall, wenn überhaupt niemand gefragt wurde.

Das Oberlandesgericht Stuttgart nahm in einem solchen Fall eine vermeidbaren Verbotsirrtum an ¹⁾. Die Betroffenen, die nicht in der Lage waren, die einschlägigen Rechtsfragen selbst zu beurteilen, hatten versäumt, fachkundigen Rat einzuholen. "Ob sie (die Betroffenen) die zutreffende Auskunft erhalten hätten, kann dahinstehen. Ihr Verschulden ergibt sich schon daraus, daß sie Erkundigungen gar nicht eingezogen haben ²⁾."

In kartellrechtlichen Prozessen fand, soweit der Verfasser dies feststellen konnte, nie eine Beweiserhebung darüber statt, was der Fachanwalt tatsächlich auf ein Auskunftsersuchen vorgetragen hätte. Dies ist in der Verhandlung auch weder realisierbar noch praktikabel.

Der Fachanwalt könnte erst aufgrund eines eingehenden Gutachtens Auskunft darüber geben, was er geraten hätte. Darüber hinaus wird es kaum vorkommen, daß er ex post ausführt, er wäre zum falschen Ergebnis gekommen. Steht die Ansicht des Gerichtes noch nicht fest, so wäre die Frage des Rechtsirrtums erst gar nicht entscheidungsrelevant.

Werden in einem Urteil deshalb Ausführungen zur Kausalität vorgenommen, fallen sie sehr pauschal aus, ohne eingehende Würdigung der genauen Umstände.

1) OLG Stuttgart, Beschluß v. 22.12.80, WuW/E OLG 2376 "CRP Umzüge".

2) OLG Stuttgart, aaO., Fn.1, WuW/E OLG 2378.

In einer neueren Entscheidung hat das Oberlandesgericht Stuttgart die Kausalität mehr unterstellt als begründet. "Auf jeden Fall hätte eine ihm (dem Betroffenen) zumutbare Erkundigung bei einem in Fragen des Kartellrechts Rechtskundigen zur Einsicht geführt, daß er unrechtmäßig handelt ¹⁾."

3. Schlüssiger Vortrag der fehlenden Kausalität

Wenn überhaupt niemand voraussehen konnte, welche Rechtsansicht das zur Entscheidung berufene Gericht vertreten wird, ist die Feststellung einfach zu treffen, daß der Sorgfaltsverstoß nicht kausal für den Verbotsirrtum war. Das Oberlandesgericht München nimmt einen unvermeidbaren Verbotsirrtum an, da der Betroffene auch nach weiteren Erkundigungen nicht die richtige Rechtslage hätte erkennen können: "Zwar sind an die Erkundigungspflicht der im Wirtschaftsleben stehenden Personen weitgehende Anforderungen zu stellen. Im zur Entscheidung anstehenden Fall aber konnte mangels gefestigter einheitlicher Spruchpraxis auch weitergehende Erkundigungen zu keinem anderen Ergebnis führen ²⁾."

In anderen Fällen, in denen für die Betroffenen eine Möglichkeit bestanden hätte, die Rechtslage zu erkennen, trifft sie die Pflicht, schlüssig darzulegen, daß der Irrtum auch bei weiteren Erkundigungen unvermeidbar war. Berufte sich ein Täter auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum, trifft ihn die Darlegungslast hinsichtlich der Qualifikation des Beraters und der Umstände der Beratung ³⁾.

1) OLG Stuttgart, Urteil v. 4.1.85, WuW/E 3397 f. "Rheinische Dampfkraftwerke".

2) OLG München, Beschluß v. 2.5.79, Az: Kart. 1/78, unveröffentlicht.

3) Vgl. BGH, Urteil v. 13.11.79, WuW/E BGH 1666, 1669 f. "Denkzettelaktion"; OLG Düsseldorf, Urteil v. 21.11.78, WuW/E OLG 2015 "Markt intern".

Ebenso muß der Betroffene schlüssig darlegen, daß er auch bei weiterer Beratung nicht die Rechtswidrigkeit hätte erkennen können.

Erfüllt ein kartellrechtswidrig Handelnder nicht die aufgezeigten Anforderungen im Rahmen einer anwaltschaftlichen Beratung, kann er sich nicht darauf berufen, daß er auch bei umfangreicher Beachtung der Sorgfaltspflichten die Rechtswidrigkeit nicht erkannt haben würde. Er muß vielmehr dartun, welches Material er dem Anwalt noch hätte darbieten können, und wieweit er sich mit dem Rat noch auseinandergesetzt hätte.

Auch im Rahmen der Aufsichtspflichtverletzung (§ 130 I S.1 OWiG) ist eine Prüfung der Kausalität zwischen mangelnder Aufsicht und der Kartellordnungswidrigkeit erforderlich. Daß die kartellrechtliche Zuwiderhandlung bei gehöriger Aufsicht ¹⁾ mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unterblieben wäre, ist dem Aufsichtspflichtigen häufig nicht nachweisbar ²⁾. Anstatt einer Umkehr der Beweislast ³⁾ sah der Entwurf des 2. WiKG eine Änderung von § 130 I S.1 OWiG vor, nach der es ausreichen sollte, wenn die Zuwiderhandlung durch gehörige Aufsicht "wesentlich erschwert worden wäre" ⁴⁾. Diesbezüglich wurde im Gesetz aber keine Verschärfung vorgenommen ⁵⁾.

4. Zusammenfassung

Die Rechtsprechung zum aufgezeigten Kausalitätsproblem ist uneinheitlich. Zwar ist es zu begrüßen, daß eine gewisse Rechtssicherheit durch die Rechtsprechung, die dem Ratsuchenden aufzeigt, wie er sich mit dem anwalt-

1) KG, Urteil v. 25.7.80, WuW/E OLG 2330, 2332 f. "Revisionsabteilung", bestätigt in BGH, Urteil v. 24.3.81, WuW/E BGH 1799 "Revisionsabteilung".

2) Weber, NSTZ 96 (1924), 376, 406.

3) Wie bei § 831 I, S.2 BGB.

4) Art.2 Nr.9 Regierungsentwurf eines 2.WiKG, BT-Drucks. 10/318 mit Begründung, S.43 f. (gesetzliche Verankerung der sog. Risikoerhöhungslehre).

5) Ges. v. 15.5.1986, BGBl.I, S. 721.

schaftlichen Rat auseinandersetzen muß, eingetreten ist. Dies darf aber nicht zu einer zu starken Formalisierung führen. Die Pflicht für den Betroffenen, sich durch Erläuterungen des Anwalts nach Möglichkeit eine eigene Meinung zu bilden, darf sich nicht verselbständigen. Dem Betroffenen muß die Möglichkeit bleiben, sich auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen zu können, falls für ihn weder Zweifel bestanden noch weitere Erkundigungen oder Nachprüfungen zur Erkenntnis der Rechtswidrigkeit geführt hätten.

Durch die hohen Anforderungen, die die Rechtsprechung an die schlüssige Darlegung stellt, ist das mißbräuchliche Berufen auf die Erfolglosigkeit weiterer Erkundigungen ausgeschlossen.

III. Erkundungsmaßstab nach Lebens- und Berufskreis

1. Einfluß des Lebens- und Berufskreises

Der Lebens- und Berufskreis des Betroffenen sollte ursprünglich nur das Maß der Gewissensanspannung bei der Vermeidbarkeitsprüfung beeinflussen ¹⁾.

Die berufliche Position des Betroffenen und seine persönlichen Lebensumstände wirkten sich später aber auch auf das Maß der Erkundigungspflichten aus ²⁾. Die Größe und Bedeutung des betroffenen Unternehmens beeinflußt das Ausmaß der Erkundigungspflichten ebenfalls ³⁾.

-
- 1) Großer Senat für Strafsachen, Beschluß v. 18.3.52, BGHSt 2, 194, 201; so aber auch noch KG, Urteil v. 13.4.73, WuW/E 1394, 1397 "japanische Fotoimporte".
 - 2) Für das Kartellrecht z.B. Immenga/Mestmäcker, Vor § 38, Rdnr.47; Frankfurter Kommentar, Vorbem. §§ 38-43, Rdnr.35.
 - 3) BKartA, Beschluß v. 16.2.72, WuW/E BKartA 1384, 1391 "Butterexportkontor".

Bereits hingewiesen wurde auf die Nachprüfungspflicht der an der Geschäftsführung Beteiligten. Bei anderen Betroffenen wurde eine Verpflichtung zur Überprüfung der anwaltlichen Rechtsauskünfte aus unterschiedlichen Gründen (Alter, berufliche Stellung, persönlicher Eindruck in der Verhandlung) verneint ¹⁾.

Aber auch bei der Prüfung, ob der Betroffene ohne Unrechtsbewußtsein gehandelt hat, sind die persönlichen Umstände von Bedeutung. Sehr weit geht die Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen, die dem Betroffenen, Vereinsvorsitzenden einer Brennstoffhändlervereinigung e.V., Zweifel an der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens unterstellt ²⁾.

Die berufliche Position, die individuelle Fähigkeit und das Wissen des Betroffenen, wirken sich sowohl bei der Feststellung des Verbotsirrtums als auch beim Maßstab der Erkundigungspflicht aus. Die "Fähigkeiten und Kenntnisse des Betroffenen" sind im einzelnen in der Rechtsprechung nicht dargestellt. In Urteilen wird nur pauschal darauf hingewiesen daß der Betroffene aufgrund seiner Fähigkeiten die Rechtswidrigkeit der Handlung hätte erkennen können ³⁾. Der Sorgfaltsmaßstab bei einem fahrlässigen Kartellverstoß richtet sich ebenfalls nach dem Lebens- und Berufskreis des jeweiligen Betroffenen. So muß der Geschäftsführer einer GmbH wissen, daß vertikale Preisbindungen nur in Ausnahmefällen rechts-

1) BGH, Beschluß v. 27.1.66, WuW/E BGH 727, 733 "Klinker".

2) Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen, Bescheid v. 8.3.67, WuW/E LKartB 115, 120 "Brennstoffhandels Vereinigung".

3) BKartA, Beschluß v. 16.2.72, WuW/E BKartA 1389, 1391 "Butterexportkontor".

wirksam vereinbart werden können ¹⁾.

2. Berufliche Stellung

Die berufliche Stellung des Handelnden wird in Urteilen besonders betont: "Der Leiter eines bedeutenden Wirtschaftsbetriebes steht in verantwortlicher Position im Wirtschaftsleben ²⁾." Das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr geht als Landeskartellbehörde deshalb von der Möglichkeit des Betroffenen aus, die Rechtswidrigkeit einer Liefersperre zu erkennen. Auch die "Führungskraft einer bedeutenden Mineralölfirma", die zugleich verantwortlicher Leiter der Verkaufsabteilung ist, hätte nach Ansicht derselben Landeskartellbehörde die Rechtswidrigkeit eines Rundschreibens erkennen können ³⁾. Dieses war an die Abnehmer von Benzin ergangen und hatte nachteilige Folgen angedroht, falls keine Preiserhöhung durchgeführt werden würde.

Die berufliche Stellung wirkt sich auf die Beurteilung der Sensibilität für Kartellverstöße und auf den Umfang der kartellrechtlichen Kenntnisse aus.

Wegen der "gehobenen Stellung" des Leiters eines Unternehmens mit 100 Arbeitnehmern durfte der Betroffene die Einwirkung auf die Preisgestaltung Dritter durch Drohung nicht für eine kaufmännisch redliche Handlungsweise halten ⁴⁾.

-
- 1) OLG Stuttgart, Urteil v. 18.10.82, WuW/E OLG 2795, 2798 "Horco Pizza".
 - 2) Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr, Bußgeldbescheid v. 10.11.60, WuW/E LKartB 119, 113.
 - 3) Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr, Bußgeldbescheid v. 10.7.67, WuW/E LKartB 125, 128.
 - 4) Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen, Bußgeldbescheid v. 4.10.67, WuW/E LKartB 129.

Bauunternehmen müssen aufgrund ihrer Stellung im Wirtschaftsleben die Einsicht in das Unerlaubte von Submissionsabsprachen haben ¹⁾. Auch wenn einem Betroffenen die einzelnen Bestimmungen des Kartellgesetzes nicht gegenwärtig sind, so muß er als "erfahrener Kaufmann in einer wichtigen Führungsposition" erkennen, daß die Vereinbarung von Quoten gegen das Gesetz verstößt ²⁾. Ein Vertriebsdirektor muß in seiner leitenden Stellung weitgehende Kenntnisse im Kartellrecht haben ³⁾; bei Kaufleuten, die schon länger tätig sind, können kartellrechtliche Kenntnisse vorausgesetzt werden, so daß Preis- und Rabattsprachen wegen der Diskussion in der Wirtschaftspresse von ihnen als rechtswidrig erkannt werden müssen ⁴⁾. Leitende Stellung in der Geschäftsführung ⁵⁾ oder eine gehobene Position ⁶⁾ des Betroffenen werden bei den einzelnen herausgestellt, falls offen ist, ob diese die konkreten Kenntnisse hatten oder es versäumt haben, sich überhaupt ihrer Position angemessen zu informieren.

So stellt das Oberlandesgericht Karlsruhe auf eine durchschnittlichen Gewerbetreibenden ab ⁷⁾. Ein "ordentlicher Bauunternehmen" muß sich über das Preisabsprache-

-
- 1) Wirtschaftsministerium Baden-Württemberg, Bußgeldbescheid v. 7.5.71, WuW/E LKartB 151, 154.
 - 2) KG, Urteil v. 23.1.76, WuW/E OLG 1738, 1740 "Feltbase".
 - 3) KG, Urteil v. 6.12.79, WuW/E OLG 2205, 2207 "Jeans".
 - 4) KG, Urteil v. 8.2.74, WuW/E OLG 1449, 1454 "bitumenhaltige Bautenschutzmittel II".
 - 5) BKartA, Beschluß v. 14.5.71, WuW/BKartA 1351, 1359 "Tubenhersteller"; BGH, Beschluß v. 1.6.77, WuW/E BGH 1489, 1491 "Brotindustrie".
 - 6) Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen Bescheid v. 10.7.67, WuW/E LKartB 125, 128; Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr, Bescheid v. 4.10.67, WuW/E LKartB 129.
 - 7) OLG Karlsruhe, Urteil v. 20.10.70, WuW/E OLG 1138, 1140 "Transfesa Agent".

verbot unterrichten ¹⁾. Dies zeigt eine Abkehr von einem individuellen Sorgfaltsmaßstab hin zu einer Objektivierung, wie sie im Zivilrecht herrscht.

3. Individuelle Lebensumstände

Hat der Betroffene keine exponierte Position in einer großen Firma inne, müssen die Kenntnisse im Kartellrecht durch das Gericht festgestellt werden und können nicht mit der Stellung des Täters im Betrieb begründet werden. Hat der Betroffene keine Kenntnisse und, u.a. deshalb auch keinen Anlaß, die Rechtslage zu prüfen, ist es nicht vorwerfbar, wenn keine Erkundigungen eingeholt wurden. Ein kaufmännisch nicht geschulter Inhaber eines kleinen Unternehmens sah bei einer Gebietsabsprache keinen Anlaß, an der Rechtmäßigkeit zu zweifeln ²⁾. Fahrlehrer, die Inhaber von Fahrschulen waren, unterlagen keinem Verbotsirrtum, als sie Preisabsprachen vornahmen. "Bei dem Bildungsstand und der langjährigen Tätigkeit, der an der Absprache beteiligten Unternehmen als Fahrlehrer und Inhaber von Fahrschulen kann davon ausgegangen werden, daß die Betroffenen bei Anspannung ihrer Erkenntniskräfte die Ordnungswidrigkeit hätten erkennen müssen ³⁾."

Welchen Bildungsstand bzw. welche Fähigkeiten und Kenntnisse ⁴⁾ der Betroffene genau hatte, wird in der Regel nicht geprüft.

-
- 1) Behörde für Wirtschaft und Verkehr der Stadt Hamburg, Bußgeldbescheid v. 20.3.69, WuW/E LKartB 141; BGH, Beschluß v. 24.11.58, WuW/E BGH 269, 272 "Bauunternehmer".
 - 2) KG, Urteil v. 12.6.80, WuW/E OLG 2321, 2324 "Luftfotographie".
 - 3) Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr, Bußgeldbescheid v. 26.7.67 "Fahrlehrer".
 - 4) OLG Stuttgart, Urteil v. 4.1.85, WuW/E OLG 3317 f. "Rheinhafen Dampfkraftwerk".

IV. Ergebnis und Stellungnahme zum 6. Teil

Die Sorgfaltspflicht bei der Bildung der eigenen Meinung kann der Erkundigungspflicht nicht gegenübergestellt werden ¹⁾; es besteht ein untrennbarer Zusammenhang. Die Erkundigung befähigt den Handelnden, die kartellrechtliche Problematik zu erkennen und eine dem GWB angemessene Lösung zu finden.

Die Pflicht zur eigenen Meinungsbildung nimmt deshalb nicht durch eine qualifizierte Beratung ab, der Betroffene hat vielmehr die Informationen bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen. Übersteigt das Maß der von der Rechtsprechung geforderten Erkundigungen die intellektuellen Fähigkeiten des Handelnden, so findet diese keinen sinnvollen Niederschlag mehr bei der Bildung der Meinung des Betroffenen.

Im Rahmen der Pflicht, sorgfältig zu einer eigenen Entscheidung zu kommen, ob die geplante Handlung kartellrechtswidrig ist, genügt es wegen der hohen Sorgfaltsmaßstäbe bei den Erkundigungen nicht, entsprechend der intellektuellen Fähigkeiten Erkundigungen einzuziehen.

Nur durch eine Formalisierung der Pflicht, insbesondere bei der anwaltschaftlichen Beratung ist es vertretbar, vom Betroffenen mehr zu fordern, als ihm intellektuell zumutbar ist.

Die Nichteinhaltung dieser überschießenden Pflicht kann dann auch nicht kausal sein für die Verbotsunkenntnis, da ihre Beachtung dem Betroffenen nicht die Rechtswidrigkeit gezeigt hätte.

Bedenklich ist diese hohe Pflicht jedoch, wenn der Betroffene nicht genau weiß, wie er bei der Erkundigung vorzugehen hat.

1) So Fischötter, in: GK, Vorbem. Ordnungswidrigkeiten, Rdnr.39; eigene Prüfung-Erkundigungspflicht.

7. Teil: Zusammenfassung der Erkundigungsmöglichkeiten und Erkundigungspflichten

I. Vertrauenswürdigkeit der Informationsquellen

Für den Betroffenen ist es von Bedeutung, auf welches Informationsmittel er sich am ehesten verlassen darf, falls er mehrere zur Auswahl hat.

Auf die Relevanz der höchstrichterlichen Rechtsprechung wurde wiederholt hingewiesen. Der Betroffene muß sie kennen und darf nicht von ihr abweichen, selbst wenn Oberlandesgericht oder Anwalt einen anderen Standpunkt vertreten. Das Beharren auf einer Rechtsansicht, die der Bundesgerichtshof in früheren Urteilen verworfen hat, ist vorwerfbar, ebenso wie der irrtümliche Glaube an die zukünftigen Änderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Der Betroffene muß sich die Urteile in fachkundiger Beratung erläutern lassen, um Abweichungen oder Widersprüche zwischen anwaltschaftlicher Beratung und höchstrichterlicher Rechtsprechung feststellen oder aufklären zu können. Der Betroffene darf sich auf Literatur oder Anwalt nur verlassen, wenn keine gegensätzliche Rechtsprechung existiert.

Das Bundeskartellamt ist nicht nur von Bedeutung, um den Betroffenen überhaupt auf ein rechtswidriges Verhalten aufmerksam zu machen. Für diesen ist es kaum möglich, schuldlos einen anderen Standpunkt als den des Bundeskartellamtes zu vertreten.

Auffälligerweise wird ihm eher ein unvermeidbarer Verbotsirrtum zugestanden, wenn er auf einer Rechtsmeinung beharrt, die von einem vorinstanzlichen Gericht vertreten wurde ¹⁾, als wenn eine Abmahnung vom Bundeskartellamt

1) OLG Stuttgart, Urteil v. 30.4.81, WuW/E OLG "Modell-eisenbahn".

vorliegt. Eine Abmahnung bewirkt, daß der Adressat dann mit Unrechtsbewußtsein handelt bzw. zumindest an der Rechtmäßigkeit zweifelt. Wer an der Rechtmäßigkeit seines Handelns zweifelt, hält es für möglicherweise unerlaubt und kann daher keinem Verbotsirrtum unterliegen ¹⁾. Ein Verbotsirrtum aufgrund von Zweifeln kann insbesondere nach einer Abmahnung durch das Bundeskartellamt nicht mehr vorliegen, auch wenn anderweitiger Rechtsrat eingeholt wurde ²⁾.

Dieses überraschende Ergebnis wird plausibler, wenn der Zweck einer Abmahnung bedacht wird. Die Abmahnung soll den Betroffenen nicht nur darauf hinweisen, daß sein Verhalten im Konflikt mit den Regeln des GWB steht. Sie soll dies auch begründen, damit es für den Betroffenen einsichtig wird. In der Abmahnung soll nicht nur auf die einschlägige Rechtsprechung verwiesen werden, sondern es sollen auch Einwände des Betroffenen Berücksichtigung finden. Wegen dieses auf den Adressaten zugeschnittenen Inhaltes, den die Abmahnung haben soll, kann der Betroffene seine Zweifel an der Rechtmäßigkeit kaum durch anderweitigen Rechtsrat überwinden ³⁾.

Einen Rechtsanwalt bei Zweifeln an der Rechtslage zu befragen, liegt am nächsten. Der Anwalt selbst muß nach Möglichkeit seine Rechtsmeinung auf die Rechtsprechung stützen. Der Betroffene darf sich auf die Meinung nicht-qualifizierter nicht verlassen.

-
- 1) Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen, Bescheid v. 8.5.67, WuW/E LKartB 115 "Brennstoffhändler-Vereinigung"; BGH, Urteil v. 1.3.62, WuW/E BGH 472 "Bierpreis"; Urteil v. 10.3.61, WuW/E BGH 439 "Baubetriebsberater".
 - 2) Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen, Bescheid v. 8.3.67, WuW/E LKartB 115 "Brennstoffhändler-Vereinigung"; BKartA, Beschluß v. 14.2.74, WuW/E BKartA 1498 "Laboruntersuchung"; KG, Urteil v. 16.6.76, WuW/E OLG 1733 "Brotindustrie".
 - 3) KG, Urteil v. 7.12.77, WuW/E KG 1934 "Uhrmacherpreis".

Dem Betroffenen selbst wird eine umfangreiche und auch diffizile Fachlektüre zugemutet, über deren Verlässlichkeit wegen des geringen Urteilmaterials aber keine allgemeinen Aussagen gemacht werden können.

II. Maßstab der Erkundigungspflichten

1. Allgemeine Grundsätze

Die Art und der Umfang der Erkundigungen, die vom Betroffenen gefordert werden, sind nicht allgemeingültig oder für alle denkbaren Fälle bestimmbar ¹⁾. Starre Regeln lassen sich wegen der Vielfältigkeit der zu bewertenden Lebensvorgänge nicht aufstellen. Im Schrifttum ²⁾ und in der Rechtsprechung hat sich eine umfangreiche Kasuistik zum Strafrecht entwickelt. Anforderungen an die Vermeidbarkeitsprüfung beim Verbotsirrtum sind noch strenger als die Anforderungen, die an die Vermeidbarkeit der Sorgfaltspflichtverletzung im Rahmen der Fahrlässigkeit gestellt werden ³⁾. Diese Rechtsprechung, die bereits vor dem 2. StRG von 1969 begonnen hat, wurde nach der Unterscheidung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum fortgesetzt ⁴⁾. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes soll ein Verbotsirrtum noch vermeidbar sein, wenn das Verhalten des Täters bei einem Fahrlässigkeitsdelikt die im Verkehr erforderliche und ihm zuzumutende Sortfalt eingehalten hätte.

1) D. Meyer, JuS 1979, 250, 253.

2) Cramer, in Schönke/Schröder, § 17, Rdnr.15, 16 m.w.Nachw.

3) D.Meyer, JuS 1979, 250, 253; Lackner, § 17, Anm.4a m.w.Nachw.; Jescheck, S.370 m.w.Nachw.; Maurach/Zipf, S.572 f. m.w.Nachw.

4) BGHSt 3, 105, 107; 4, 236; 21, 18, 20; vgl. auch Arzt, ZStW 91 (1979), 857.

Der Bundesgerichtshof behandelt damit die Vermeidbarkeit nach einer Meinung in der Literatur mit zu weitgehender Strenge ¹⁾. Zum Teil werden aber die hohen Anforderungen für begründet erachtet ²⁾. Der Tatbestandsvorsatz vermittele dem Täter einen besonderen Impuls, über die rechtliche Qualifikation nachzudenken und deshalb müßten hohe Anforderungen an die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums gestellt werden. Im Bereich des Nebenstrafrechts und bei fahrlässiger Deliktsverwirklichung bekommt der Täter in aller Regel durch den Tatbestandsvorsatz keinen Impuls vermittelt. Deshalb ist kein Grund ersichtlich, die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums strenger als die Tatfahrlässigkeit zu behandeln ³⁾.

2. Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums bei Vorsatzdelikten

Im Beschluß vom 27. Januar 1966 ⁴⁾ hat der Bundesgerichtshof nicht nur postuliert, daß der Betroffene eine eigene Entscheidung zu treffen hat und sich in der Frage der Rechtmäßigkeit des Handelns nicht gänzlich auf die Meinungsäußerung eines Rechtskundigen verlassen darf. Im Urteil wird außerdem angeführt, daß an die Erkundigungspflichtigen strenge Maßstäbe anzulegen sind ⁵⁾. Da der Bundesgerichtshof ausdrücklich auf zum strafrechtlichen Verbotsirrtum entwickelte Grundsätze zurückgreift ⁶⁾, sind an den Täter höhere Anforderungen zu stellen als

1) Cramer, in: Schönke/Schröder, § 17, Rdnr.13; Roxin, FS Heinrich Henkel, 1974, S.171, 187; Rudolphi/Horn/Samson, § 17, Anm.30 m.w.Nachw.

2) Rudolphi/Horn/Samson, § 17, Anm.30a m.w.Nachw.

3) Stratenwerth, S.17, Rdnr.593; Arzt, ZStW 91 (1979), 857, 881.

4) BGH, Beschluß v. 27.1.66, WuW/E BGH 727 "Klinker".

5) Ebenso KG, Beschluß v. 22.5.73, WuW/E OLG 1407, 1409 "Bilder aus Gold".

6) BGH, Beschluß v. 27.1.66, WuW/E BGH 727, 733 "Klinker".

hinsichtlich der Beobachtung der im Verkehr erforderlichen und dem Täter zuzumutenden Sorgfalt (Fahrlässigkeit) ¹⁾.

Dies bestätigt auch der Bundesgerichtshof in seinem Beschluß vom 1. September 1981 ²⁾.

Dem Betroffenen zu 3) wurde kein schuldhafter Verstoß gegen § 1 GWB vorgeworfen, da die Rechtslage zur Zeit des kartellordnungswidrigen Verhaltens unklar war. Dem Betroffenen zu 1) konnte kein fahrlässiger Verstoß gegen die Aufsichtspflicht (§ 130 I OWiG) vorgeworfen werden: "Die Gründe, ... bei dem Beklagten zu 3) einen unvermeidbaren Verbotsirrtum anzunehmen ..., gebieten es auch, eine schuldhafte Verletzung der Aufsichtspflicht durch den Betroffenen zu 1) zu verneinen. An die Beobachtung der im Verkehr erforderlichen und dem Täter zuzumutenden Sorgfalt sind bei Fahrlässigkeitstaten sogar geringere Anforderungen zu stellen als hinsichtlich der Vorwerfbarkeit des Verbotsirrtums beim Vorsatzdelikt ³⁾."

Eine Quantifizierung des unterschiedlichen Sorgfaltsmaßstabes ist aufgrund der vielfältigen Sachverhalte und Täterpersönlichkeiten nicht möglich. Deshalb rügt die Revision gegen das Urteil des Kammergerichts vom 16. Juni 1976 ⁴⁾ vergeblich, das Gericht habe zu strenge Anforderungen an den Täter hinsichtlich der im Verkehr zu beobachtenden Sorgfalt (Fahrlässigkeit) gestellt. Der Täter habe nicht schuldhaft seine Aufsichtspflicht verletzt. Hierzu führt der Bundesgerichtshof aus, daß der Tatrichter nicht verkannt hätte, daß an die Beobachtung der im Verkehr erforderlichen und dem Täter zuzumutenden Sorgfalt bei den

1) Ebenso KG, Urteil v. 2.2.76, WuW/E OLG 1687, 1694 "Laboruntersuchung".

2) BGH, Urteil v. 1.12.81, WuW/E BGH 1871 "Transportbeton Vertrieb".

3) BGH, Urteil v. 12.81, WuW/E BGH 1871, 1874 "Transportbeton Vertrieb".

4) KG, Urteil v. 16.6.76, WuW/E OLG 1733 "Brotindustrie".

Fahrlässigkeitstaten geringere Anforderungen zu stellen seien, als hinsichtlich der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums bei Vorsatzdelikten ¹⁾. Dennoch hatte der Aufsichtspflichtige fahrlässig gehandelt, da er nicht dafür gesorgt hatte, daß die beanstandeten Rundschreiben von einem sachkundigen Juristen kontrolliert wurden.

Im Kartellrecht werden von der Rechtsprechung bei der Vermeidbarkeitsprüfung wie im Strafrecht strengere Maßstäbe angelegt als bei der Tatfahrlässigkeit, wenngleich die strafrechtliche Begründung hier nicht herangezogen werden kann.

3. Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums bei Fahrlässigkeitsdelikten

Auch an den unverschuldeten Rechtsirrtum, der die Fahrlässigkeit ausschließt, sind nach dem Oberlandesgericht Düsseldorf strenge Maßstäbe anzulegen ²⁾. Das Gericht will dieselben Maßstäbe anlegen wie der Bundesgerichtshof in der Entscheidung BGHZ 17, 266, 295 und BGHZ 27, 264, 273.

In der ersten Entscheidung scheiterte ein Schadensersatzanspruch nach § 1 UWG am fehlenden Verschulden. Es lag keine Fahrlässigkeit vor. In der zweiten Entscheidung hob der Bundesgerichtshof das Urteil des Berufungsgerichtes auf, das die Anforderungen an die im Verkehr zu beobachtenden Sorgfaltspflichten in diesem außergewöhnlichen Fall überspannt hatte. Das Oberlandesgericht Düsseldorf begründete den unvermeidbaren Verbotsirrtum,

1) BGH, Beschluß v. 1.6.77, WuW/E OLG 1489, 1491 "Brotindustrie"; ebenso BKartA, Bescheid v. 11.4.73, WuW/E BKartA 1504; v.Gamm, Kartellrecht, 1979, S.298.

2) OLG Düsseldorf, Beschluß v. 4.12.79, WuW/E OLG 2167 "Nordmende", Revision nicht angenommen am 14.7.80.

der den Schadensersatzanspruch nach § 35 I S.1 GWB ausschließt, mit denselben Argumenten, mit denen der Bundesgerichtshof die fehlende Fahrlässigkeit darstellt. Dies deutet auf den gleichen Maßstab für Tatfahrlässigkeit und für Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums hin.

Für den gleichen Umfang der Sorgfaltspflicht spricht auch die Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe ¹⁾.

Wegen der Schwierigkeit der rechtlichen Beurteilung des § 26 II GWB lehnte das Gericht den Schadensersatzanspruch (§ 35 I S.1 GWB) nicht wegen eines unverschuldeten Verbotsirrtums ab, wie das Oberlandesgericht Düsseldorf ²⁾, sondern nahm schon keine Fahrlässigkeit des Beklagten an, da dieser die Tatsachen, aus denen die Abhängigkeit der Klägerin von der Beklagten hervorging, nicht zu kennen brauchte.

In dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 17. Juli 1979 ³⁾ war sowohl die Vermeidbarkeit des Irrtums als auch die Tatfahrlässigkeit gegeben.

Hingewiesen sei auf die synonyme Verwendung der Begriffe "Vermeidbarkeit" und "Fahrlässigkeit" - so taucht häufig in Urteilen ein fahrlässiger Verbotsirrtum auf ⁴⁾. Selbst die neueste Rechtsprechung trennt die Fahrlässigkeit nicht von der Vermeidbarkeit ⁵⁾. Der Beklagte hatte schuldhaft gegen § 26 II S.1 i.V.m. § 35 I S.1 GWB verstoßen und

-
- 1) OLG Karlsruhe, Urteil v. 12.3.80, WuW/E OLG 2217, 2224 "Allkauf - Saba".
 - 2) OLG Düsseldorf, Beschluß v. 4.12.79, WuW/E OLG 2167 "Nordmende".
 - 3) BGH, Urteil v. 17.1.79, WuW/E BGH 1567 "Nordmende".
 - 4) OLG Hamburg, Urteil v. 14.4.60, WuW/E OLG 252, 354; OLG Schleswig, Urteil v. 2.7.58, WuW/E OLG 235, 237 "Nullpreis"; OLG Schleswig, Urteil v. 2.7.58 "Bauunternehmer", nicht veröffentlicht; vgl. Hartung, Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Frage des Verbotsirrtums, S.763.
 - 5) z.B. OLG Celle, Urteil v. 20.3.85, WuW/E OLG 3564.

war zum Schadensersatz verpflichtet. "Soweit die Beklagte davon ausgegangen ist, ihr Verhalten verstoße nicht gegen das GWB, beruht ein solcher Rechtsirrtum auf Fahrlässigkeit. Denn die Beklagte hätte den Irrtum vermeiden können ¹⁾."

Würde der Fahrlässigkeitsmaßstab dem der Vermeidbarkeit beim Verbotsirrtum entsprechen, läge eine Einschränkung der Schuldtheorie vor. Das Fehlen des Unrechtsbewußtseins würde nicht erst in der Schuldprüfung relevant werden, sondern schon den Tatbestand ausschließen.

Im Jahre 1959 hat der Bundesgerichtshof in einem Urteil zum Lebensmittelgesetz ausgeführt, daß die innere Tatseite hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale und des Verboten-seins gleich sei: "Die Unterscheidung von Tatbestand und Verbotsirrtum hat nur Bedeutung, wenn der Täter wegen einer vorsätzlichen Straftat bestraft werden soll ... Bei Fahrlässigkeitstaten ist dagegen die innere Tatseite hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale und des Verboten-seins gleich. Hier muß in beiden Richtungen Fahrlässigkeit vorliegen. Die bei den vorsätzlichen Straftaten vorzunehmende Unterscheidung kommt nicht in Betracht ²⁾."

Von einer gefestigten Rechtsprechung kann aber auch außerhalb des Kartellrechts nicht die Rede sein ³⁾. In der Literatur wird jedenfalls größtenteils noch vom gegenteiligen Standpunkt ausgegangen, daß beim Fahrlässigkeitsdelikt Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum unterschieden werden müsse ⁴⁾. Wie dieser Unterschied genau aussehen soll, ist jedoch nirgends dargelegt.

1) OLG Celle, Urteil v. 20.3.85, WuW/E OLG 3565, 3567.

2) BGH, Urteil v. 17.4.59; 4 StR 22/59; LM Nr.11 LebensmittelG; vgl. auch Jakobs, 19.Abschn., Rdnr.34.

3) Arzt, ZStW 91 (1979), 857, 858.

4) Dreher/Tröndle, Vor § 13, Rdnr.31; Cramer, in: Schöнке/Schröder, § 17, Rdnr.2; Rudolphi/Horn/Samson, § 17, Rdnr.19; Nach, § 16, Rdnr.34; Jescheck AT, § 57 I 1.

4. Fahrlässigkeit

Auf die Ähnlichkeit des Maßstabes der Vermeidbarkeit und der Fahrlässigkeit wurde bereits hingewiesen. Beruft sich das Gericht im Kartellrecht auf fehlende Fahrlässigkeit, wird der Maßstab angelegt, der auch außerhalb des Kartellrechts zum Tragen kommt. Daneben muß der Betroffene auch seine Informationspflicht erfüllen ¹⁾. So stellte der Bundesgerichtshof in Fällen mit ungeklärter Rechtslage keine hohen Anforderungen an die Sorgfaltspflichten des Verletzers ²⁾. Entscheidend ist, daß eine unklare Rechtslage vorliegt, und sich noch keine herrschende Meinung gebildet hat. Dann kann der Betroffene auch gegen Instanzenurteile auf seiner Rechtsmeinung beharren ³⁾.

III. Stellungnahme

Ob die vielfältigen Erkundigungsmöglichkeiten dem Rat-suchenden Tatsächlich bei der Rechtsbindung behilflich sind, muß differenziert beurteilt werden. Beim Fahrlässigkeitsmaßstab besteht durch das Zurückgreifen auf die strafrechtliche Kasuistik ein höherer Grad an Rechtssicherheit, als beim Verbotsirrtum. Dieser muß unabhängig von strafrechtlichen Grundsätzen beurteilt werden. Hier kommt der Erkundigungspflicht die größte Bedeutung zu. Sie überschneidet sich mit der allgemeinen Informationspflicht, die für Ordnungswidrigkeits-

1) Vgl. außerhalb des Kartellrechts: LM, § 13 StVO Nr.4; BGH, VersR 1956, 176; BGH, NJW 1958, 2066.

2) BGH, Urteil v. 18.5.55, BGHZ 17, 266, 268.

3) Rittner, FS für Fritz v.Hippel, 1967, S.391, 418.

tatbestände allgemein besteht.

Wo die Erkundigungspflicht noch nicht konkretisiert ist, soll nicht wiederholt werden. Wegen des noch nicht konkretisierten Sorgfaltsmaßstabes sind drei Forderungen aufzustellen:

1. In den Urteilen muß die Wirkung der vom Betroffenen eingezogenen Erkundigungen klar zum Ausdruck kommen. Es muß vor allem zu erkennen sein, an welcher Stelle bei der Prüfung (Anlaß, Unrechtsbewußtsein, Vermeidbarkeit) welcher Maßstab anzulegen ist.
2. Werden über die individuellen Fähigkeiten des Betroffenen hinausgehende Forderungen erhoben, ist die Vorhersehbarkeit und das Wissen um diese Pflicht (Nachprüfung, Durcharbeiten von Gutachten etc.) erforderlich. Diese, notwendigerweise formalisierte Pflicht muß sich auf alle Informationsmöglichkeiten beziehen.
3. Solange noch nicht klare Maßstäbe entwickelt sind, müssen die Gerichte im subjektiven Tatbestandsbereich besonders sorgfältig prüfen, und den Umfang der Erkundigungspflicht stärker an der individuellen Fähigkeit des Ratsuchenden orientieren.

Lebenslauf
von Jens Potten

Am 2. April 1957 wurde ich als Sohn des Oberstarztes Dr. Widerhold Potten und seiner Frau Emmy Martha, geb. de Wyl in Bremerhaven geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule in Erding und Zuchering legte ich im Juni 1976 im Apian-Gymnasium in Ingolstadt mein Abitur ab.

Nach dem Wehrdienst bei der Luftwaffe schloß sich das Studium der Jurisprudenz in München und Lausanne an. 1982 beendete ich das Universitätsstudium mit dem Referendarexamen.

Während der Referendarzeit war ich von April 1983 bis Dezember 1984 wissenschaftliche Hilfskraft beim Lehrstuhl für europäisches und internationales Wirtschaftsrecht von Herrn Prof. Dr. Steindorff.

1985 legte ich das Assessorexamen ab und bin seit 1. Juli 1986 in der Rechtsabteilung der Henkel KGaA in Düsseldorf beschäftigt.





